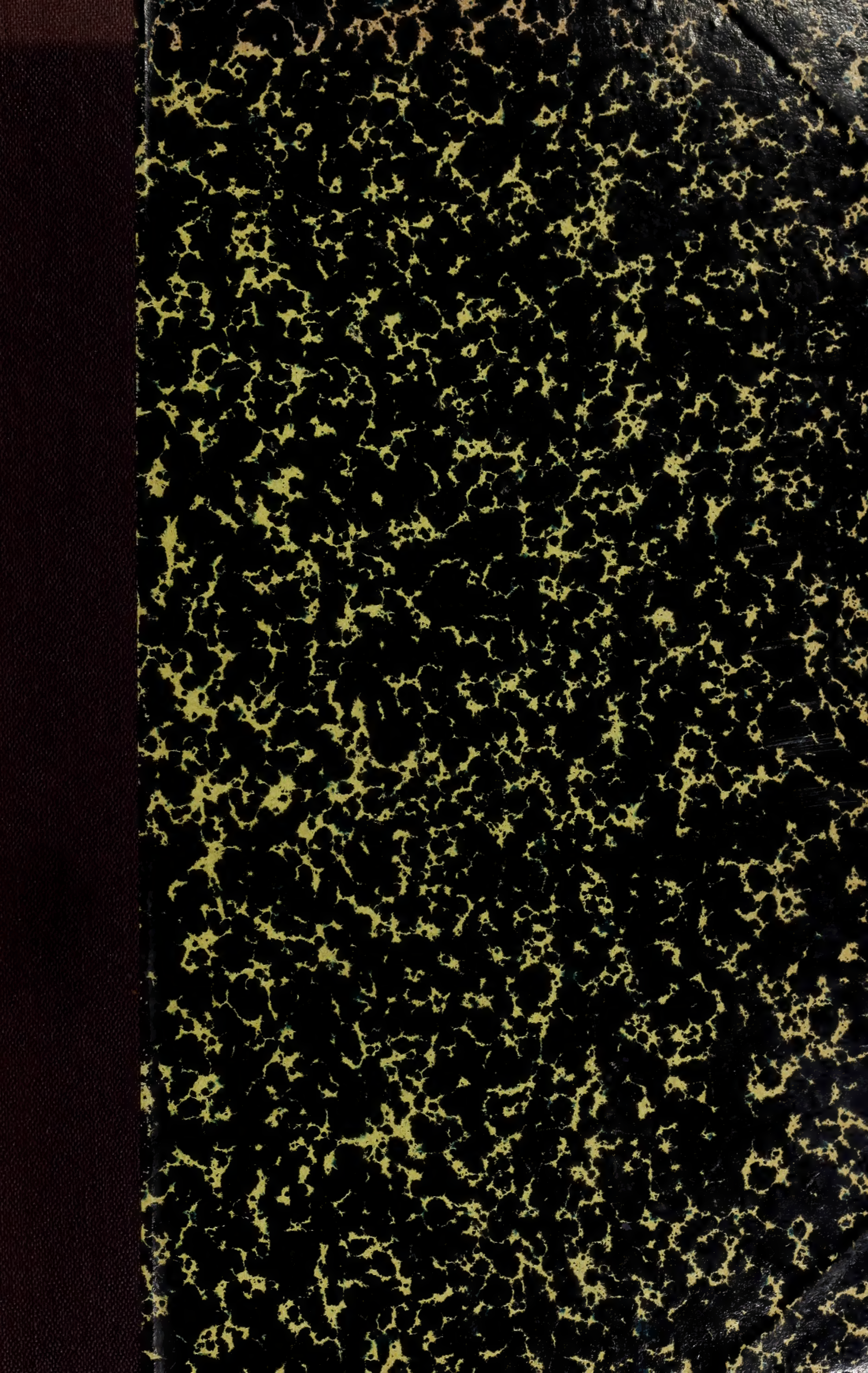
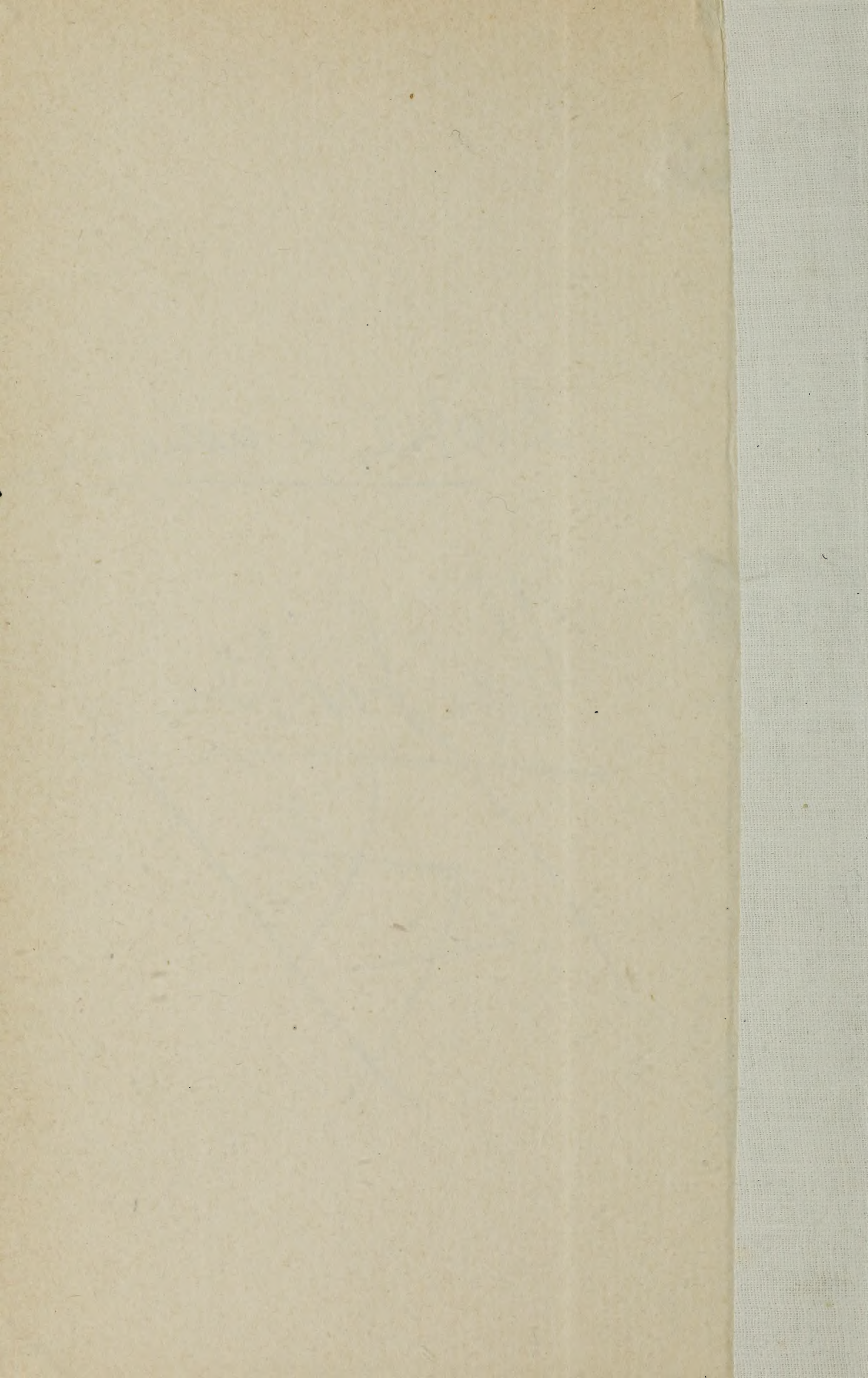
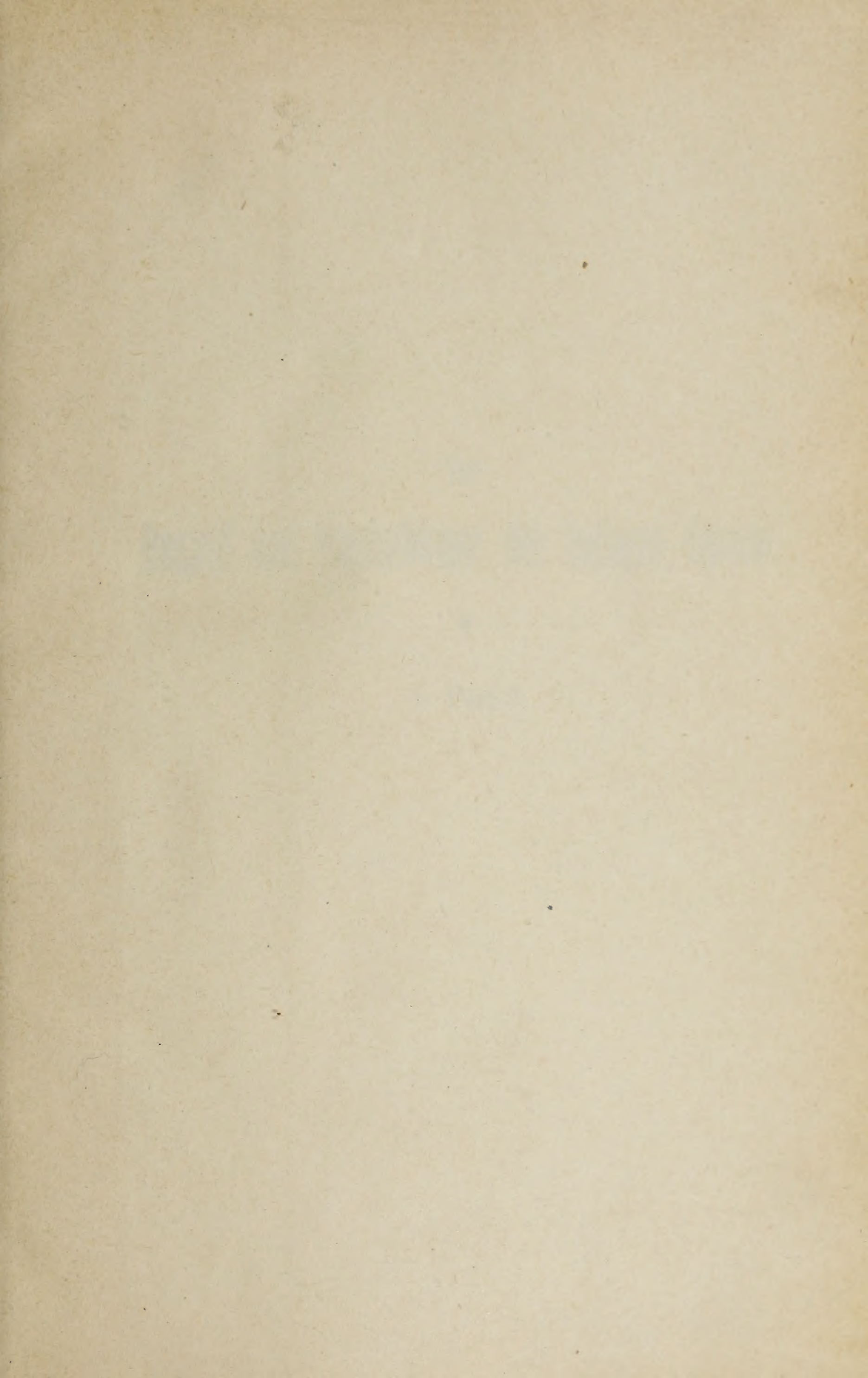
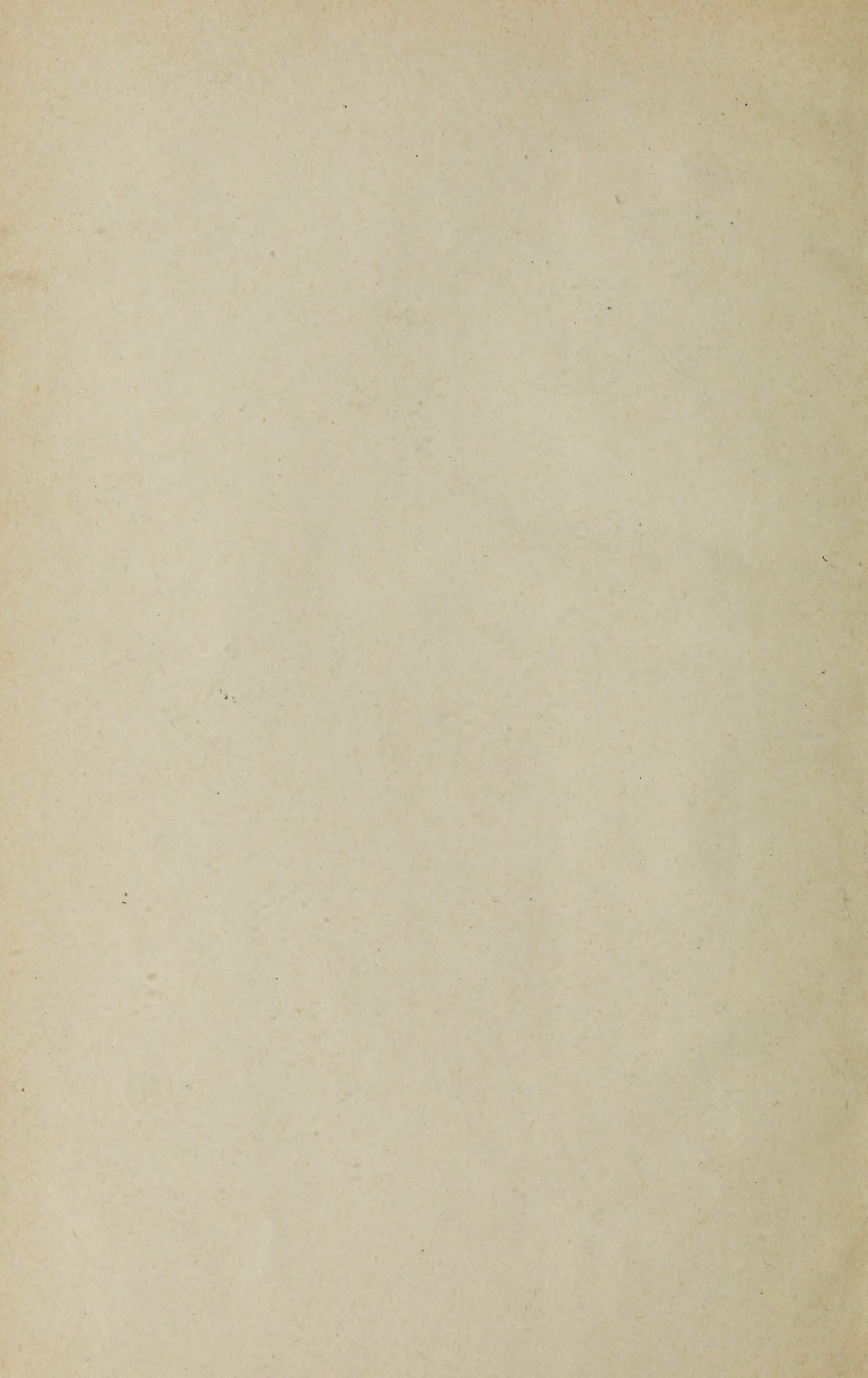








Der

Begriff und Eigenthümer der heiligen Sachen.

I. Band.

Der

Begriff und Eigenthümer

der

heiligen Sachen,

zugleich eine Revision der Lehre von den juristischen Personen
und dem Eigenthümer des Kirchenguts

von

Dr. phil. et utr. iur. Christian Meurer,
Privatdocent an der Universität Breslau.

——oo——

I. Band.

Die Rechtsgebiets-, Begriffs- und allgemeine Eigenthumslehre.



Düsseldorf (1885?)
Verlag von Felix Bagel.

Sr. Durchlaucht

dem Fürsten Hermann v. Hatzfeldt,

Oberst-Schenk Sr. Majestät des Deutschen Kaisers und Königs von Preufsen, Major à la suite der Armee, Ritter hoher Orden etc.

auf Schlofs Trachenberg

gewidmet.

Inhalt zum ersten Band.

II. Theil.

Die Begriffsfrage.

A. Die heiligen Sachen.

III. Theil.

Die Eigenthumsfrage.



Einleitung.

Die Literatur über das Eigenthumssubject des Kirchengutes hat einen fast unübersehbaren Umfang angenommen. Wenn trotzdem die Frage nach dem Eigenthümer der heiligen Sachen eine stiefmütterliche Behandlung erfuhr, so lag das zunächst und meistens daran, dafs man beide Fragen mit Unrecht identificirte. v. Poschinger wies zuerst auf die Verschiedenheit derselben nachdrücklich hin, wenn er die Sacralfrage selbst auch nur anhangsweise behandelte;[1] er hat sich aber, wie es scheint, auch damit Hirschels Dank nicht verdient.[2] Ein weiterer Grund lag in der irrthümlichen Annahme, dafs die Frage nach dem Sacraleigenthümer überflüssig und belanglos sei, und es war dabei der Umstand sicher von Bedeutung, dafs diese Ansicht gerade in Schulte, dem Meister der kirchlichen Vermögensfrage, ihre erste Vertretung fand.[3] Schulte's Auffassung

[1] „Der Eigenthümer am Kirchenvermögen mit Einschlufs der heiligen und geweihten Sachen dargestellt auf Grund der Geschichte des Kirchenguts und des kath. und protestantischen Kirchenrechts." München 1871. Diese Schrift ist gemeint, wenn wir v. Poschinger ohne weiteren Zusatz citiren. Die diesem Werk vorausgegangene Inauguraldissertation v. Poschingers: „Der Eigenthümer des Kirchenvermögens vor Christus bis auf Justinian, 1869" citiren wir als »Dissertation«. — Auch Richter-Dove (Lehrb., 7. Aufl., 1079) meint, dafs mit der Kircheneigenthumsfrage noch nicht die Frage, „ob geweihte oder gesegnete Sachen im Eigenthum zu stehen vermögen, bez. welche Rechtssubjecte daran Eigenthum zu haben fähig sind, erledigt" sei.

[2] Archiv f. K. Kirchenrecht 34: „Das Eigenthum am kathol. Kirchengute." S. 353.

[3] *„Quarum rerum (scil. sacrarum) dominus quis sit quaerere est superfluum" (de rerum ecclesiasticarum domino, p. 1).* Dagegen v. Poschinger S. 306[3] u. Dissertation, S. 1.

widerlegt sich aber am treffendsten durch die vielen später noch zu besprechenden Kirchen-, Kirchhofs- und Glockenprocesse, durch die Unsicherheit in der Zuerkennung des mit dem Eigenthum zusammenhängenden Verwaltungs- und Vertretungsrechts, sowie durch die vielfach streitige bauliche Unterhaltungspflicht, insoweit sie sich auf den Eigenthumstitel gründet. Die Eigenthumsrechte selbst treten infolge der mit der Weihe gegebenen, fest umgrenzten Zweckbestimmung freilich weniger hervor,[1] dagegen wird die Eigenthumsfrage im höchsten Grade relevant, wenn die heilige Sache dem weltlichen Verkehr zurückgegeben ist. Wem gehört ferner die Pfarrkirche bei der Auswanderung, dem Aussterben oder dem Religionswechsel einer Pfarrgemeinde? Die Wichtigkeit unserer Frage wird auch von Sternberg[2] und Gräff[3] anerkannt. Wenn aber letzterer, ebenso wie Maurer,[4] Levita[5] und Mooren[6] der Sacralfrage eine besondere Untersuchung widmete, so beschränkte sich diese doch auf das linksrheinische Recht, wo die Sacral- und Kirchenvermögensfrage eine eigenthümliche Verbindung eingegangen haben und infolgedessen am besten gemeinschaftlich zu behandeln waren. Aber gerade im Gebiete des französischen Rechts blieb die Controverse am lebhaftesten, und wenn Sternberg[7] mit Recht hervorheben konnte, dafs hier der Rechtszustand noch dunkel sei, so ist dem nur hinzuzufügen, dafs durch ihn am allerwenigsten zur Klärung beigetragen wurde.

---

[1] Die Kirchhöfe anlangend, sagt Bauerband (Archiv 16, S. 453): „Die Frage, wer als Subject oder Träger des Eigenthums solcher christlichen Begräbnifsplätze zu betrachten sei, hat, so lange diese ihre Bestimmung fortdauert, eine praktische Bedeutung nur, wenn es sich von der Unterhaltung, dem Rechte des Mitgebrauchs, oder von der Abwehr fremder Eingriffe handelt."

[2] „Versuch einer juristischen Theorie vom Eigenthum der römisch-kathol. Kirche," 1860, S. 38.

[3] „Das Eigenthum der kathol. Kirche an den ihrem Cultus gewidmeten Metropolitan-, Kathedral- und Pfarrkirchen nach den in Frankreich und in den übrigen Ländern des linken Rheinufers geltenden Gesetzen," 1859. Vorrede.

[4] „Ueber Eigenthum an Kirchen mit Dependenzen in den deutschen, vormals mit Frankreich vereinigten Gebieten," 1858.

[5] „Das Eigenthumsrecht der kath. Kirchenfabriken an ihren Kirchen und Kirchhöfen in der Provinz Rheinhessen," 1853.

[6] „Ueber Eigenthum und Benutzung der Kirchhöfe auf dem preufsischen Gebiet des linken Rheinufers," 1857.

[7] A. a. O. S. 22.

Unsere Frage ist zwar mit der populär gewordenen Frage nach dem Eigenthümer des Kirchengutes nicht identisch, hängt aber vielfach mit ihr zusammen. Die Festsetzung der Scheidelinie in Verbindung mit der Aufgabe, Eigenthums- und Verwaltungsrechte scharf zu sondern, vollendet den Kreis der Schwierigkeiten, wie andererseits die vor mehreren Jahren in der badischen und preufsischen Kammer erfolgte parlamentarische Debatte der Kircheneigenthumsfrage einer wissenschaftlichen Behandlung besonderen Reiz verleiht. Uhrig sagte im Jahre 1878: „Nicht erst seit Jahrzehnten, sondern „seit mehreren Jahrhunderten, ist es eine höchst berühmte Streitfrage, „wem das Eigenthum zustehe an den Kirchen und dem kirchlichen „Vermögen; und so sehr man sich auch in neuester Zeit wieder mit „dieser Frage beschäftigte, und so viele gelehrte Abhandlungen darüber „erschienen, so ist man doch hierüber noch zu keinem friedlichen „Ziele gelangt, stehen vielmehr, wie der am 14. Januar l. J. „durch den Oberappellhof München in dritter Instanz abgeurtheilte „Haidhauser Kirchenstreit beweist, die verschiedenen Theorien noch „heute so unversöhnt einander gegenüber, wie sie es vor Jahrhunderten „waren." [1] So ist es in der That auch heute noch.

Das Gesagte wird es rechtfertigen, dafs wir uns zu einer Untersuchung über den Eigenthümer der heiligen Sachen entschlossen haben. Wenn wir diese nicht blofs auf das canonische oder ein einzelnes particulares Recht ausdehnten, sondern in gleicher Weise das altrömische und Justinianeische, wie die sämmtlichen Rechte der deutschen Staaten berücksichtigten, so wird das als ein Vorzug gelten dürfen. Im übrigen aber hielten wir es für gerathen, unsere Untersuchung vorwiegend auf die *res sacrae* des katholischen Kirchenrechts zu beschränken.

Wenn es aber schon im allgemeinen nöthig erscheint, einen Personen- oder Sachenbegriff mit besonderen Rechtsqualitäten wegen dieser rechtlichen Relevanz genau zu fixiren, so ist hier eine begriffliche Abgrenzung um so gebotener, weil man, wie wir sehen werden,

---

[1] „Der Germanismus in der kirchenrechtlichen Lehre vom Eigenthum am Kirchengut", in der Tüb. Theol. Quartalschrift 1878, S. 391. Wir wollen übrigens hier schon bemerken, dafs die Uhrig'schen Resultate am allerwenigsten Anspruch auf Billigung haben.

geglaubt hat, gerade aus dem Begriff der *res sacra* die Eigenthumsfrage entscheiden zu sollen. Sollten wir uns vielleicht über dieses Bedürfnifs hinaus in die Begriffsfrage vertiefen, so möge dies darin seine Entschuldigung finden, dafs jede rechtliche Begriffsfrage für uns persönlich einen besonderen Reiz hat, und dafs die Verschwommenheit und Unsicherheit, zumal in der vorliegenden, auch im Interesse anderer Disciplinen ein gewissenhaftes und eingehendes Forschen als nothwendig erscheinen läfst. Unsere Arbeit ist zugleich eine Revision der Lehre von dem Eigenthümer des Kirchenguts, dessen Trägerschaft und begriffliche Verschiedenheit gegenüber den heiligen Sachen abzuhandeln ist.

Die Kircheneigenthumsfrage ist im wesentlichen nichts Anderes als die Lehre von den »juristischen Personen« des Kirchenrechts. Wollen wir daher eine feste Grundlage für unsere Arbeit gewinnen, so ist hier vor allem eine eingehende Untersuchung geboten.[1] Wir müssen somit in der gerade neuestens so brennend gewordenen Streitfrage über die »juristischen Personen«, die kein Geringerer als Brinz eine »Vogelscheuche« genannt hat, sorgfältig Stellung nehmen, und wenn es trotz Zitelmanns ausgezeichneter Monographie[2] eine höchst mühsame und unerquickliche Arbeit bleibt, durch den Wust hundertfach widersprechender Meinungen hindurchzukommen, so ist doch hier der natürliche Höhepunkt, von wo aus das Ganze überschaut und verstanden werden mufs. Die Lehre von den »juristischen Personen« wird daher im ersten Theil abgehandelt.

Die dogmatische Darstellung des kirchlichen Eigenthums und des Eigenthums an den *res sacrae* kann selbstverständlich erst beginnen, wenn feststeht, welches Recht hierbei zugrunde zu legen

---

[1] Auch v. Poschinger bemerkt im § 2: „Ehe wir nun zu deren Erforschung übergehen, halte ich es für angemessen, einige Worte über die Lehre von den juristischen Personen vorauszuschicken; denn vor Allem müssen die Begriffe klar sein, und ehe man das Eigenthum Personen zusprechen will, die nicht wie wir Menschenkinder auf zwei Beinen umhergehen, wird es gut sein, sich über deren Wesen und Eigenthümlichkeit umzusehen, zumal darüber nicht allseitige Uebereinstimmung herrscht.“ v. Poschinger beschränkt sich jedoch darauf, in einigen Worten die herrschende Lehre zu skizziren, was wir nicht können, weil wir diese für falsch halten.

[2] „Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen,“ 1873.

ist. Dies ist nun sehr bestritten, aber zweifellos auch die Cardinalfrage unserer Untersuchung. Wir hätten sie erst nach der Abhandlung der Begriffsfrage zu entwickeln, um aber später in der dogmatischen Darstellung nicht mehr aufgehalten zu werden, stellen wir sie an die Spitze, und da diese Untersuchung in erster Linie von der Personenlehre ihr Licht empfängt, so steht die letztere im Dienst der Rechtsgebietsfrage. So erscheint die ausführlich behandelte Lehre von den »juristischen Personen« nach ihrer Stellung in unserer Monographie als ein Mittel zur Lösung der Rechtsgebietsfrage, nach der materiellen Behandlung aber, die sie erfährt, hat sie eine selbstständige Bedeutung, wie sie des Weiteren auch die nothwendigen Voraussetzungen für unsere ganze Arbeit regelt. Dieser Theil unserer Arbeit liefert auch gleichzeitig einen Beitrag zur Beurtheilung der kirchenpolitischen Literatur.

I. Theil.

Die Rechtsgebietsfrage.

(Die Lehre von den »juristischen Personen«.)

§ 1.

I. Der Stand der heutigen Wissenschaft.

Die wissenschaftlichen Untersuchungen über die Frage nach dem Rechtsgebiet der kirchlichen Eigenthumsträgerschaft haben zu durchaus widersprechenden Ergebnissen geführt.

Im ganzen können wir vier Rechte unterscheiden, die man hier bald cumulativ, bald exclusiv hat bedeutend werden lassen: Das Naturrecht, das göttliche Recht, das Kirchenrecht und das Privatrecht der einzelnen Staaten.

Was das erste betrifft, so sehen wir hier von den Verirrungen der alten naturrechtlichen Schule selbstverständlich ab. Wir müssen die naturrechtliche Richtung nur deshalb besonders namhaft machen, weil sie gerade in der neuesten Zeit und in exclusiver Bezugnahme auf unsere Frage besonders unter canonistischen Schriftstellern sehr energische Vertreter gefunden hat. So sagt beispielsweise Hirschel in einer unlängst erschienenen Abhandlung „Das Eigenthum am katholischen Kirchengute“: „Demnach besitzt die Kirche (Gesammt- „kirche) schon nach dem natürlichen Rechte als Gesell- „schaft Rechtspersönlichkeit, sowie nach demselben Rechte die „Befugnifs, ihr Vermögen selbstständig zu verwalten und zu ver-

„wenden, und alle Staaten, in welchen Privateigenthum besteht, „müssen diese Rechte der Kirche, weil sie auf dem natürlichen „Rechte beruhen, anerkennen . . . . Deshalb sind auch alle „nichtkatholischen Staaten, wenn sie aus entschuldbarem Irrthum „diese der Kirche (Gesammtkirche) nach göttlichem Rechte zu„stehenden Befugnisse nicht anerkennen, verpflichtet, ihr Rechts„persönlichkeit . . . . wenigstens nach natürlichem Rechte zu„zugestehen.“ [1]

Wir sehen hier zugleich, dafs Hirschel unsere Eigenthumsfrage (gerade wie Helle [2], Hergenröther [3], Montpellier und dessen Recensent [4], Affre [5], Schneemann [6] u. A.) gleichzeitig auf das göttliche Recht fundamentirt, wie dies auch aus folgenden Worten hervorgeht: „Endlich hat die Kirche (Gesammtkirche) Rechtspersönlichkeit „und uneingeschränkte Verfügung über ihr Eigenthum nach gött„lichem Rechte. Diese Befugnisse anzuerkennen und zu schützen, „sind alle einzelnen Menschen und Staaten und Gemeinwesen ver„pflichtet, und wenn sie schuldvoll dieser Verbindlichkeit entgegen„handeln, verfehlen sie sich gegen die Anordnungen Gottes selbst. „Luc. 10, 16.“ [7] . . . Bei der vorliegenden Frage handelt es sich „gerade einzig darum, ob für die katholische Kirche, welche nur in „ihren einzelnen Rechtsgebieten existirt, bezüglich ihrer Rechts„fähigkeit in der Welt das Privatrecht jedes einzelnen Landes gelte, „diese Rechtsfähigkeit also gänzlich von den verschiedenen jeweiligen

---

[1] Archiv f. kath. K.-R. 34 (1875), S. 84, u. Archiv 27, S. 23 ff. Ebenso Helle, „das kirchliche Vermögen von der ältesten Zeit bis auf Constantin den Grofsen.“ 1876, S. 5. Montpellier, *Défense des droits de Dieu* c. 1 u. 5 und sein Recensent im Archiv 15, S. 147 ff. Lexikon des Kirchenrechts (2. Aufl.) III. 443.

[2] „Das kirchliche Vermögen von der ältesten Zeit bis auf Constantin den Grofsen“, 1876, S. 5: „Dieses (d. h. Eigenthumsrecht) ist ein wesentliches, natürliches und göttliches Recht zugleich.“

[3] „Kathol. Kirche und christlicher Staat in ihrer geschichtl. Entwicklung und in Beziehung auf die Fragen der Gegenwart,“ 1872, S. 115: „Das Recht des freien Vermögenserwerbes mufste der Kirche schon als Gesellschaft, als Corporation zukommen; sie hat es aber auch von Christus aus und von jeher.“

[4] Vgl. N. 1.

[5] *„Traité de la propriété des Biens Ecclésiastiques“*, p. 8.

[6] „Die Freiheit und Unabhängigkeit der Kirche,“ 1867.

[7] Archiv 34, S. 84.

„Bestimmungen der mannigfachen Staaten rechtlich, d. h. in „wirklich juristischem, nicht in legalem Sinne, im Sinne der „blofsen Legisten, abhängig sei und ob die Kirche nur da als „Corporation gelte, wo sie an dem einzelnen Orte von der Regierung „dafür angesehen wird."[1] Und da erklärt er, es wäre „stets Grund-„satz der Kirche" gewesen, „dafs ihr die Vermögensfähigkeit „von ihrem Stifter selbst, also als ein göttliches Recht ver-„liehen worden sei."[2] Die hier überall vertretene Identität von göttlichem und Naturrecht erklärt sich, wie wir aus einer Bemerkung Hammersteins ersehen,[3] dadurch, dafs das natürliche und geoffenbarte Recht nur als Erscheinungsweisen desselben göttlichen Rechtes gelten. Gratian sagt *„ius naturale est, quod in lege et „evangelio continetur,"*[4] und dem entsprechend heifst es in der *Gl. ord.* zu *pr. J. 1, 2: „sec cano. ius naturale dicitur, quod in lege „Mosaica vel in Evangelio continetur."* Die bekannte Terminologie von göttlicher und natürlicher Offenbarung wurde hier ohne weiteres gangbar gemacht und dabei vergessen, dafs man wohl bei der Offenbarung den Schwerpunkt auf das woher legen kann, dafs aber beim Recht das unterscheidende Kriterium der Inhalt bleibt. (daher die Unterscheidung von Civil-Straf-Procefsrecht etc.) Göttliches Recht ist nicht ein Recht, welches bereits vorhanden, uns durch Gott nur geoffenbart wurde, sondern ein Recht, welches eine übernatürliche Gewaltsbefugnifs giebt, folgeweise durch besonderen göttlichen Verleihungsact, ohne welchen seine Existenz undenkbar ist, übertragen wird und von der christlichen Dogmatik zu begreifen ist. Das natürliche Recht dagegen bedeutet eine Machtbefugnifs, welche dem Menschen von Haus aus zusteht und welche daher die Rechtsordnung in Erfüllung einer hochsittlichen Pflicht anzuerkennen hat.

---

[1] Ebend. 82.

[2] Ebend. 83. Man vergleiche ferner den ganzen § 12: „Die Rechtsfähigkeit der Kirche beruht auf göttlichem Rechte", S. 78—84, ferner S. 61—78, 84—89, 49, 50, 57 f. Franz, das katholische Kirchenvermögen, 5. Hammerstein, Kirche und Staat, 163, 168, 171. Juristische Rundschau 1883, 3. Heft, S. 86 f.

[3] A. a. O. 187. Vgl. auch Th. Meyer, die Grundsätze der Sittlichkeit und des Rechts (Stimmen aus Maria Laach, IX. 88—97 und 140—182).

[4] Zu c. 1 D. 1.

Ist so die Identificirung von göttlichem und Naturrecht verfehlt, so ist es doppelt verkehrt, wenn man hier noch eine dritte Gröfse einschiebt.

Bouix,[1] Hergenröther,[2] Schulte[3] und Silbernagl[4] haben nämlich schon darauf hingewiesen, dafs das *ius divinum* oft nur im Gegensatz zum *ius civile*, in der Bedeutung von Kirchenrecht gebraucht wird. Da die Kirche als *Interpretin* des göttlichen und des natürlichen Rechts auftritt, erscheint das göttlich-geoffenbarte, natürliche und kirchliche Recht in den kirchlichen Rechtsquellen vielfach als identisch.[5] Auch bei Hirschel offenbart sich die göttlich-naturrechtliche Basis an manchen Stellen als eine einfach kirchenrechtliche. Im Sinne dieser letzteren äufserte sich neuestens (1875) auch der Jesuit Lehmkuhl: „Nach dieser hier aufgestellten „Behauptung ist bei der Frage nach dem unmittelbaren Träger der „kirchlichen Vermögensmasse nur das kirchliche Recht in „letzter Instanz mafsgebend.“[6] Maas sieht dann ganz wie die übrigen Gesammtkirchentheoretiker unsere Frage als eine kirchliche Verfassungsfrage an;[7] und damit stimmt auch Mohl überein: „Die Frage, wer in der Kirche befugt ist, kirchliches Eigenthum zu „erwerben, wird durch die Verfassung einer jeden Kirche be- „stimmt.“[8] Dieser Ansicht steht auch Dove sehr nahe,[9] obschon

---

[1] *„Tractatus de principiis iuris can.“*, p. 47.

[2] „Kath. Kirche u. christl. Staat“, 105.

[3] In Lindes Zeitschr. für Civilr. u. Procefs, N. F. VIII. 166.

[4] Lehrb. der kath. K.-R. 1880, S. 15.

[5] Vgl. Schulte in Linde's Zeitschr. für Civilr. u. Procefs, N. F. VIII. 176 ff.

[6] Stimmen aus Maria Laach, VIII. 515. Vgl. ferner 513, 516, 519 u. IX. 61, Vgl. auch Affre, *traité de la propriété des Biens Eccl. 1837*, p. 8. Montpellier. *défense des droits de Dieu* 1865, c. V. Silbernagl, Lehrb. 565. Phillips Lehrb. (3. Aufl.) 459.

[7] Archiv f. kath. K.-R. IV. 659 u. a. vielen anderen Stellen.

[8] Politik, 1862, S. 238.

[9] Lehrb. der K.-R. von Richter-Dove, 6. Aufl. 932: „Wäre die Frage nach dem Eigenthümer des Kirchenguts für das Innere der Kirche irrelevant und nur für das Heraustreten des Kirchenguts in die Sphäre des bürgerlichen Rechts von Bedeutung, dann könnte es kaum als eine Beeinträchtigung der kath. Kirche angesehen werden, wenn der Staat seiner Gesetzgebung die Entscheidung vorbehielte, wen in der Kirche er als Subject des kirchlichen Eigenthums anerkennen wolle.“ Desgl. 7. Aufl. 1078 f. Anm. 1 und 1084.

wir ihn in der Hauptsache zu den Civilrechtstheoretikern rechnen müssen,[1] welche er bekämpft.[2]

Seit dem Erscheinen des ausgezeichneten Hübler'schen Werkes („Der Eigenthümer des Kirchenguts, 1868") macht sich immer mehr die Anschauung breit, dafs die Controverse über das Eigenthumssubject des Kirchengutes eine ausschliefslich civilistische sei. Hübler, der nach dem gerechten Urtheil Schulte's den Stand der Frage bis 1868 übersichtlich und klar nach Art des Durantis'schen *repertorium,* aber mit einer ebenso grofsen Selbständigkeit als historischen Treue zeichnet, giebt seiner Ansicht schon auf dem Titelblatt Ausdruck in dem Zusatz: „Eine civilistische Anwort auf eine canonistische Frage."[3] Vorher hatte sich auch schon Warnkönig[4] in diesem Sinne geäufsert, später thaten es insbesondere Thudichum,[5] Hinschius[6] und Fr. v. Sybel,[7] ja, wir können sogar das Freiburger

---

[1] Vgl. beispielsweise 7. Aufl. a. a. O.: „Das gemeine (kath. bezw. prot.) Kirchenrecht vertritt in diesem Falle allerdings (ähnlich wie z. B. im Eherecht der gemeinrechtlichen Landestheile von Preufsen) nur die Stelle anderweitiger civilrechtlicher Normen." Desgleichen erkennt er S. 1084 an, „dafs die Frage, ob jemand im Staate erwerbsfähig sei, an sich eine civilrechtliche, der Staatsgesetzgebung anheimfallende" ist, und S. 1075 heifst es unter Berufung auf Hübler, S. 151: „Insofern beruht auch die Erwerbsfähigkeit der Kirche (juristische Persönlichkeit) ausschliefslich auf der Garantie des bürgerlichen Rechts."

[2] Insbesondere geschieht dies bezüglich Hübler.

[3] Er begründet seine Meinung in der kürzeren 2. Abtheilung: Der richtige Standpunkt, S. 145—152.

[4] Kritische Vierteljahrsschrift 1861, S. 361 f.: „Es folgt hieraus von selbst, dafs in jedem Staate die Frage, wer Subject vom Kirchenvermögen sei, nach seinen Gesetzen zu entscheiden sei."

[5] Deutsches Kirchenrecht des 19. Jahrh. II. 227: „Die Frage ist für alle Kirchen lediglich vom Boden unseres geltenden deutschen Staats- und Privatrechts aus zu beantworten."

[6] „Abgesehen davon, ist auch die Frage nach dem Eigenthumssubject des Kirchengutes eine privatrechtliche, weil das Vermögensrecht dem Gebiete des Staates angehört und die Kirche mit ihrem Vermögen in dasselbe eintritt. Die Regelung privatrechtlicher Verhältnisse gehört aber nicht zur Competenz der Kirche." (Die preufs. Kirchengesetze der Jahre 1874 u. 1875, S. 125.) Etwas abgeschwächt im Holtzendorff'schen Rechtslexikon II. (3. Aufl.), S. 463: „Da die Kirche, soweit sie Vermögenssubject ist, dem staatlichen Recht untersteht, so kann das Kirchenrecht für die erwähnte Frage nicht allein als mafsgebend angesehen werden." Vgl. ferner in Kochs Comm. (6. Ausg. zu Th. II, Tit. 11, § 160.)

[7] „Es darf als herrschende Lehre bezeichnet werden, dafs alle kirchlichen

Kapitels-Vicariat hierher rechnen: „Wie schon erwähnt, ist die „Frage, wem das Eigenthum und die daraus abfliefsende Ver-„waltung des Vermögens einer juristischen Person zustehe, eine „durchaus dem Privatrecht angehörige.“ [1] Als auch v. Poschinger in seinem höchst beachtenswerthen Werke sich unter Berufung auf fast allgemeine Zugeständnisse zu Gunsten des civilrechtlichen Charakters der Frage entschied, fragt Lehmkuhl S. J. entrüstet: „Wer bildet diese Allgemeinheit? Natürlich das Gros der Kirchenfeinde und Namenskatholiken.“ Und dann heifst's weiter: „Dem Dr. v. Poschinger wurde selbstverständlich ob seines „Kampfes für die Staatsomnipotenz viel Lob und Anerkennung zu „Theil — nur bildet zu diesen glänzenden Lobeserhebungen die „Kläglichkeit der dargebrachten Beweise einen ergötzlichen Gegen-„satz. [2] Wir sehen, hier ist die rein wissenschaftliche Frage in hohem Grade persönlich zugespitzt, und das ist's, was den unpartheiischen Forscher in der ganzen Frage so schmerzlich anmuthet. Unser Bestreben soll es sein, sachlich und ruhig zu prüfen, und unbeirrt von rechts und links unsere Entscheidung zu treffen. Jegliches Interesse liegt uns fern: *acriter in re, suaviter in modo!*

Was nun die Ansicht v. Poschingers des Näheren anlangt, so ist uns diese nicht ganz klar geworden. „Zunächst“, so meint er, „ist allerdings richtig, dafs für den concreten Fall die Frage, „wer der Eigenthümer des Kirchengutes in einem Lande sei, allein

---

Verhältnisse, sobald sie .... in die Sphäre des bürgerlichen Verkehrs treten, sich bedingungslos dem bürgerlichen Rechte unterwerfen müssen.“ Das altkath. Bisthum, S. 4.

[1] Denkschrift (1869), „den badischen Gesetzentwurf über die Rechtsverhältnisse und die Verwaltung der Stiftungen betr.,“ S. 20. Ebenso S. 27: „Weil die frommen Stiftungen, das Kirchenvermögen, Privatgut ist und überhaupt die Rechtsverhältnisse, die vermögensrechtlichen Fragen einer juristischen Person, dem Privatrecht angehören, unterstehen ihrer Natur gemäfs die Fragen über das Eigenthum, die rechtliche Natur, das Recht der Repräsentation einer Stiftung .... der Cognition des bürgerlichen Richters.“ In letzter Beziehung sind die in dem „Vortrag des kath. Oberstiftungsraths über den badischen Gesetzentwurf, die Rechtsverhältnisse und Verwaltung der Stiftungen betr.,“ S. 56 ff. angeführten zahlreichen civilrechtlichen Urtheile von besonderem Interesse.

[2] Stimmen aus Maria Laach, VIII. 513.

„nach dem positiven Rechte des betreffenden Staates entschieden „werden müsse.“ [1] Später erklärt er jedoch: „Will man demnach „die Controverse über das Rechtssubject ganz lösen, so wird man „sich mit einer lediglich civilistischen Antwort (wie dies Hübler thut) „nicht begnügen dürfen,“ [2] und er meint, „dafs Alles auf die Grund-„gesetze“ ankomme, „welche die Verhältnisse zwischen Kirche und „Staat in den einzelnen Staaten regele.“ [3] Darnach wäre die Frage also gemischter Natur. Mit derselben Unbestimmtheit drückt sich P. Reichensperger aus in seinem „Verfassungsmäfsiges Recht der Kirche in Preufsen und das Urtheil des Königl. Obertribunals v. 19. Mai 1863“. [4] Seite 57 erklärt er, „dafs das die betr. Kirchen- und Landesgesetze besagen und allein besagen können.“ Dann meint er aber, diese Frage gehöre „in die Kirchenverfassung und das Kirchenrecht.“

Schulte schliefslich, welcher die kirchliche Vermögensfrage unstreitig am meisten gefördert hat, [5] schlug einen seitdem beliebten Mittelweg ein und bezeichnete die Frage, ob die Kirche in einem Staate eigenthumsfähig sei, als eine civilistische, [6] dagegen die Frage, wer Träger dieses Eigenthums innerhalb der Kirche sei, als eine canonistische. [7] Den Schulte'schen Standpunkt hat vor Allem die erste badische Kammer ausdrücklich adoptirt, indem ihre Commission

---

[1] A. a. O. 2. — [2] S. 4.

[3] S. 3, Dove (Richters K.-R., 7. Aufl. 1078) steht der Poschinger'schen Auffassung sehr nahe.

[4] Archiv, Bd. 11, S. 1 ff. Im besonderen Abdruck Mainz 1864 („Von einem preufsischen Juristen.“)

[5] Bereits in seiner Dissertation *(„de rerum ecclesiasticarum domino“)* 1851 behandelte er den Gegenstand in einer Weise, dafs die hier vertretene Instituten-Theorie von da an herrschende Ansicht ward. Diesem Thema widmete er sich auch später mit immer steigender Liebe. Vgl. sein System des allgem. kath. K.-R. 1856, S. 485 ff. Die Erwerbs- und Besitzfähigkeit der deutschen kath. Bisthümer 1860, S. 14 ff. Lehrb. der kath. K.-R. 1863, S. 430. Theol. Literaturblatt 1868, S. 79, 506. Die jur. Persönlichkeit der kath. Kirche, ihrer Institute und Stiftungen, 1869. Gutachten über den (badischen) Gesetzentwurf: die Rechtsverhältnisse und Verwaltung der Stiftungen betr., 1869.

[6] Auch Rofshirt (Archiv 9, S. 135) erklärt mit ausdrücklicher Berufung auf Schulte diese für „eine Frage des Privatrechts.“

[7] Insbesondere: Die Erwerbs- und Besitzfähigkeit der Bisthümer, S. 8, 13 und System II. 490. Jurist. Persönlichkeit, S. 1 ff. 141.

zur Berathung des Gesetzentwurfs, die Rechtsverhältnisse und die Verwaltung der Stiftungen betr. (1869), durch ihren Berichterstatter, Geheimrath Herrmann, erklären liefs: „das badische Recht (Kirchen- „gesetz vom 9. October 1860, § 1) erklärt ja die Kirchen für öffent- „liche Corporationen, d. h. für in das öffentliche Recht des „Landes aufgenommene Gemeinschaften mit Rechtssubjectivität, „und überläfst es ihnen als eine rein häusliche Ange- „legenheit, ob sie von ihrer dogmatischen Basis aus für sich „lieber den Anstaltscharakter oder den Genossenschaftscharakter „in Anspruch nehmen wollen." (S. 426.)

II. Kritik.

A. Im Allgemeinen.

§ 2.

Präcisirung der Frage.

Man denkt sich die Rechtsgebietsfrage gewöhnlich so: Wer unter den vielen möglichen Eigenthumssubjecten wirklicher Eigenthümer des bereits erworbenen Kirchenguts und der *res sacrae* wird, das bestimmt dieses oder jenes Recht mit schöpferischer Kraft: andere Zeiten und Strömungen können somit andere Resultate zeitigen. [1]

[1] Vgl. beispielsweise Maas (Archiv IV, 659): „Sie (die Kirche) ist demnach als *Universitas* anerkannt, und hierdurch selbstverständlich ihr, wie jeder juristischen Person und jeder physischen, vermögensfähigen Person überlassen, über ihr Vermögen zu disponiren, und demnach dessen Eigenthümer . . . zu bestimmen. . ." Diese . . . haben der kirchlichen Verfassung gemäfs nicht die Gemeinde, sondern stets die Kirche als Rechtssubject ihres Vermögens erklärt." Den bestimmtesten Ausdruck — allerdings im anticurialistischen Sinne — fand diese Ansicht in Bluntschli gelegentlich der Berathung des badischen Stiftungsgesetzes in der 27. öff. Sitzung der ersten Kammer (22. März 1870), S. 172: „Er hoffe, dafs noch die Zeit kommen werde, wo alles locale Kirchengut

Diese Auffassung ist falsch: eine derartige geradezu revolutionäre Bedeutung wohnt keinem Rechte, eine so schrankenlose Befugnifs keiner gesetzgebenden Gewalt inne. [1] Dies ergiebt sich mit zwingen-

---

der Gemeinde als Eigenthum gehöre. Ein solcher Zustand könne durch die Gesetzgebung des Staates . . ., ganz wohl herbeigeführt werden, auch im stricten Gegensatz zum canonischen Recht, welches keine fortwirkende Bedingung unserer Rechtsentwicklung sei." Der Anlauf zur richtigen Lösung wurde dagegen bereits im Jahre 1859 in der zweiten badischen Kammer genommen, wie dies deutlich aus dem durch Rofshirt vertretenen „Minderheitsgutachten über den badischen Gesetzentwurf, die Rechtsverhältnisse und die Verwaltung der Stiftungen betr." (1869), S. 7, hervorgeht: „Der Commissionsbericht der zweiten Kammer über die Convention mit Rom vom 28. Juni 1859 hatte den Art. XII dieser Convention um deswillen getadelt, weil es ihm zufolge den Anschein habe, als ob die katholische Gesammtkirche zum Eigenthümer des Kirchenvermögens erklärt werde, was zwar den Verhandlungen zufolge in der That nicht der Fall sei, welcher Theorie aber um so entschiedener entgegenzutreten wäre, als die Frage, wer Eigenthümer der einzelnen Fonds sei, durch die Convention überhaupt nicht, und im Falle eines Streites nur durch den ordentlichen Richter entschieden werden könne." Auf diesen richtigen Standpunkt von der Nichtcompetenz der Gesetzgebung in unserer Frage kam jedoch kein Schriftsteller mehr zurück.

[1] Hinschius hatte in seiner Schrift „die Stellung der deutschen Staatsregierungen gegenüber den Beschlüssen des Vatic. Concils 1871" (S. 26) die Staatsgesetzgebung »*omnipotent*« genannt, erfuhr aber deswegen bereits von Dove (Zeitschr. für Kirchenrecht, XI, 144) gerechten Widerspruch. Dieser führt aus, dafs der Staat zwar souverän, aber keine absolute Macht sei. In der 7. Auflage des Richterschen Kirchenrechts, 1079, Anm. 1, spricht dieser von einer „nur formellen Omnipotenz der staatlichen Gesetzgebung." Vgl. auch Bluntschli Allgem. Staatsr., 4. Aufl., I, 494, 496, 564 ff. Mohl in Bluntschli-Braters Staatswörterbuch IV. 272 ff. Politik I. 199, und Zöpfl Bemerkungen zu einigen der hauptsächlichsten Bestimmungen des bad. Gesetzentw. über die Rechtsverhältnisse und die Verwaltung der Stiftungen, 1869, S. 28: „Hieraus ergiebt sich von selbst, dafs in den letztgedachten beiden Staatsformen der civilisirten Völker, von welchen überdies nur die constitutionelle Monarchie in Betracht kommt, der Begriff einer schrankenlosen Omnipotenz der Gesetzgebung von Haus aus ausgeschlossen ist. Derselbe widerspricht auch durchaus dem Charakter der germanischen Völker, von ihrem ersten geschichtlichen Auftreten an bis zur Gegenwart. Achtung der individuellen Rechtssphäre, der Freiheit der Person und Heiligkeit des Eigenthums, sind Forderungen, welche der deutsche Mann von jeher an den Staat gestellt hat, es mag dieser sich auf einer noch so niederen Entwicklungsstufe, oder auf seinem dermaligen Höhepunkte als sogen. moderner Staat befunden haben — Forderungen, welche

der Nothwendigkeit aus dem Wesen des Eigenthums einerseits und den Aufgaben der Gesetzgebung andererseits.

Wir theilen mit den Anhängern der historischen Schule die Auffassung, dafs das Eigenthumsrecht, wie überhaupt jedes Recht, nur auf dem Grunde positiver Rechtssatzung, erst in und mit der gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Sanction existirt. Aber im Gegensatz zu der herrschenden Lehre, welche Eigenthum und Eigenthumsrecht identificirt, behaupten wir, — insbesondere auch gegen Savigny, Puchta und Windscheid, — dafs zwischen beiden ein Unterschied besteht. Wir sind mit Ihering und Leist der Ansicht, dafs „jenseits der positiven Rechtssatzung ein Etwas liegt, durch dessen Erfassung man einen festen Standpunkt für die wissenschaftliche Behandlung der Rechtsinstitute gewinnt."[1] Doch ist uns dieses »Etwas« nicht im Ihering'schen Sinne eine logische Individualität, ein subjectiv Gedachtes, sondern ein objectiv Reales. Wenn Leist hierfür den Ausdruck »materielles Recht« gebraucht[2], so kann das trotz der von ihm gegebenen Cautelen unsern Beifall nicht finden; wohl aber wäre für dieses vorrechtliche Objective der Ausdruck Materie, Idee des Rechtes am Platze. Sehr treffend nennt es Leist[3] auch den »naturalen« oder »factischen Stoff des Rechts«. Wenn Jemand von nicht bewohnten und unbenutzten Bodenstrecken eines uncivilisirten Landes Besitz ergreift und sie vielleicht sogar durch seine Energie nutzbringend zu gestalten weifs, so wird man diesen factischen Zustand gewifs Eigenthum nennen, obschon ein Eigenthumsrecht wegen der fehlenden Rechtssanction und des fehlenden Rechtsschutzes noch nicht vorhanden ist. „Es giebt einen Anfang „(Princip) des Eigenthums vor dem Rechte, und dieser Anfang beruht „auf der naturalen Bedeutung der Arbeit. Die menschliche Arbeit ist

---

auch jede dermal in deutschen Staaten bestehende Verfassung als wohlberechtigte anerkannt und davon ihren Ausgangspunkt genommen hat. Auch wird man keinen Staatsrechtslehrer in Deutschland finden, welcher nicht gewisse Grenzen der gesetzgebenden Gewalt anerkannt hätte." Entgegenstehende Gesetze nennt er S. 32 „materiell verfassungswidrige".

[1] Leist, Ueber die Natur des Eigenthums, 1859 (civilistische Studien III.) S. 17 der Einl. Vgl. auch Schlofsmann, „der Vertrag," 299.

[2] III. 9 u. I. 90 f.

[3] III. 9, 10 ff., 16, 18, 19, 21 f., 29, 55 f., 57 u. s. w.

„nicht ein Etwas, das erst durch den Ausspruch einer menschlichen „Autorität den Charakter des Wohlangemessenen erhält. Die Arbeit „des Menschen hat ihre Bedeutung nicht von aufsen herein durch „einen aufser ihr liegenden Willen, sondern von innen heraus durch „ihre Natur. Die Arbeit ist etwas sich aus der Persönlichkeit Er-„klärendes. Sie setzt voraus gewisse dem Menschen entgegen-„stehende Hindernisse, und ihr Wesen ruht gerade darin, dafs der „Mensch seine Persönlichkeit einsetzt, um diese Hindernisse zu be-„wältigen. Die auf körperliche Sachen gerichtete Arbeit „bedeutet also, dafs das Subject als Sieg seiner geistigen „Persönlichkeit die Hindernisse hinweggeräumt hat, die „zwischen ihm und der Sache lagen, und so die Sache „mit seiner Person identificirt hat."[1] Hier haben wir also die totale Zusammengehörigkeit, das engste Geeintsein zwischen Person und Sache, welche nach unserer Ansicht das Wesen des Eigenthums ausmacht. Dadurch, dafs der Mensch die Aufsenwelt unterwirft und durch ihre Umbildung gleichsam ihr neuer Schöpfer wird, ist er auch ihr Herr. „Und er ist, indem er so der Sache den Stempel seiner geistigen „Herrschaftskraft aufgedrückt hat, Herr derselben kraft seiner selbst, kraft seiner Persönlichkeit." Sehr richtig sagt daher Leist: Der Mensch ist Privateigenthümer: »von Gottes Gnaden«, nicht: »durch die Constitutionen«. Das Eigenthum ist ein Product nicht des Rechts, sondern der Privatsouveränetät.[2]

So haben wir vor dem **Rechts**zustand des Eigenthums einen **factischen** Eigenthumszustand; dieser hat schon, wie alle Natural-institute (z. B. auch das der Freiheit) unabhängig von der Rechts-

---

[1] Leist III. 10 f. u. 205—242.

[2] III. 58. Vgl. auch Herrmann, Ueber die Stellung der Religionsgemeinschaften im Staate, 1849, S. 27. Walter, Politik, S. 77, und die Denkschrift des Freiburger Capitel-Vicariats (betr. Bad. Stiftungsgesetz, 1869) S. 22. „Die Einzelpersönlichkeit", sagt Ahrens sehr schön, „ist eine Urindividualität, die ihr Sein, Leben und Recht zuhöchst aus Gott schöpft, und in diesem ureignen Recht stets geachtet werden mufs." Bluntschli, Staatsr. 119: „Das Eigenthum ist nicht erst durch den Staat erzeugt, es ist in seiner ersten, freilich noch unvollkommenen und noch wenig gesicherten Gestalt ein Werk des individuellen Lebens, gewissermafsen die Erweiterung des leiblichen Daseins der Individuen." Vgl. auch Knies, Das Geld, S. 85.

ordnung Leben und Bestand, und der kommenden Rechtsentwicklung bleibt nichts mehr übrig, als das Vorgefundene und mit innerer Nothwendigkeit Gewordene zu sanctioniren.

Das Eigenthum ist die engste Zusammengehörigkeit einer Sache zu einer Person, welche als Herrschaft in Erscheinung tritt und sich beispielsweise im Besitz und Genufs äufsert; hier ist aber blofs die Beziehung des Menschen zu einer Sache ausgedrückt, und das ist noch kein Recht. Bolze sagt sehr treffend: „Ein Vogel, ein Hund, ein Pferd ist für sich nicht meinem Recht unterworfen, sondern meiner Macht.“[1]

Das Wesen des Rechts beruht in der Ordnung der Beziehungen der Menschen — nicht gegen die Sachen, sondern — unter einander. Ein Recht über eine Sache habe ich nur im Verhältnifs zu Menschen, die durch eine gewisse Ordnung (Rechtsordnung) unter sich verbunden sind[2] und mir gegenüber zurücktreten müssen. Recht ist also die Macht in Beziehung zu anderen Menschen, und Eigenthumsrecht ist das gegenüber diesen anderen anerkannte und deshalb geschützte naturale Eigenthum.[3]

Der naturale Eigenthümer hält und schützt sich auf dem Weg der Selbsthülfe, den rechtlichen Eigenthümer aber schirmt die Rechtsordnung. Freilich giebt es in einem Rechtsstaat kein naturales Eigenthum mehr; immerhin giebt es hier eine Natur des Eigenthums, welche für die speculative Jurisprudenz von aufserordentlichem Interesse ist, sich aber durch eine blofse Zurückführung auf die blofse Rechtssatzung niemals erklären läfst. Es ist das kein Rückschritt zu den naturrechtlichen Albernheiten der Vergangenheit;

---

[1] Der Begriff der jur. Person, 1879, S. 9. Vgl. auch 13, 14, 19. Ferner Schlofsmann, Der Vertrag, 258, 259, 260.

[2] Kant, metaphys. Anfangsgründe der Rechtslehre, 80: „Es ist klar, dafs ein Mensch, der auf Erden ganz allein wäre, eigentlich kein äufseres Ding als das Seine haben oder erwerben könnte, weil zwischen ihm und allen anderen äufseren Dingen als Sachen es gar kein Verhältnifs der Verbindlichkeit giebt.“ Vgl. auch Schlofsmann, Der Vertrag, 299.

[3] Bluntschli, Staatsr. 119: „In dem Staate aber mufs ein für die persönlichen Elemente desselben, für die menschlichen Individuen und Haushaltungen thatsächlich unvermeidliches Verhältnifs eines ausschliefslichen Gebrauches, zum Recht (d. h.) zur allseitig anerkannten und öffentlich geschirmten Befugnifs werden.“ Vgl. auch Knies, 85 f.

vielmehr bleibt die Autorität des positiven Rechtes als des im Rechtsleben einzig bestimmenden Factors uneingeschränkt bestehen.

Auf dem bezeichneten Boden des naturalen oder factischen Eigenthums setzt die Rechtsordnung ein: die gesetzgeberische Thätigkeit ist hier mehr eine anordnende als schöpferische und in den Anfängen der civilisirten Staaten vorzugsweise nur als gewohnheitsrechtliche zu erkennen. Mehr als irgendwo gilt bei den grofsen Naturalinstituten des Eigenthums (im Gebiet des Sachenrechts) und der Freiheit und der Ehe (im Personenrecht) der Satz: der Staat findet das Recht, er schafft es nicht. Eine schöpferische Bedeutung liegt höchstens in der genauen Fixirung der Details, die aber in den verschiedenartigsten Gestaltungen, ja sogar bei den principiellsten Verschiedenheiten, den naturalen Kern treu bewahren. Mögen die Gesetzgebungen der verschiedenen Rechtsstaaten die Voraussetzungen des Erwerbs, des Verlustes, der Geltendmachung des Eigenthumsrechtes noch so verschiedenartig gestalten, das Wesen des Eigenthums tritt uns überall als dasselbe entgegen.

§ 3.

Fortsetzung.

Nach dem Gesagten steht Folgendes fest: Keine Gesetzgebung kann willkürliche Bestimmungen darüber treffen, ob *A* oder *B* Eigenthümer von bestimmten Gütern ist. Eigenthümer wird der Mensch kraft seiner Privatsouveränetät, nicht durch einen schöpferischen Act des Gesetzgebers. Auch seine Eigenschaft als Rechtseigenthümer wird nicht durch den letzteren begründet, sondern existent durch seine selbsteigene Willensobjectivirung, allerdings in der Richtung der Gesetzesnorm. Die *causa efficiens* ist nicht das Gesetz, sondern der Mensch selbst. Ob die gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden sind, darüber befindet freilich der Richter: doch auch der Urtheilsspruch hat keine constitutive, sondern nur eine deklaratorische Bedeutung.

Der Eigenthümer ist somit dem Gesetzgeber gegenüber sicher;[1]

---

[1] Bolze, Begriff der jur. Person, 1879, S. 42 f.: „Für das wohlerworbene Recht beanspruchen wir eine über die Autorität der Rechtssatzung hinaus-

das Eigenthum zu schützen und anzuerkennen, ist eine der wesentlichsten Aufgaben der Rechtsgemeinschaft, und das Eigenthumsrecht wurde daher seiner Zeit zu den »Grundrechten« des Volkes gezählt, und als solches hat es Aufnahme in allen modernen Verfassungen gefunden. Dadurch ist die Rechtspflicht des Staates, das Eigenthum anzuerkennen, nicht erst constituirt, wohl aber als existirend in besonders feierlicher rechtsverbindlicher Weise aller Welt gegenüber erklärt worden. Und gerade die einzige Ausnahme des staatlichen Eigenthumsschutzes, wie sie in der Expropriationsbefugnifs des Staates hervortritt, ist die hervorragendste Bestätigung des Gesagten. Hiernach ist unter besonderen gesetzlichen, zu Gunsten eines berechtigten öffentlichen Interesses gemachten Voraussetzungen der Staat grundgesetzlich als befugt erklärt, Eigenthumsenteignungen vorzunehmen. Aber gerade die gesetzliche Nothwendigkeit des zu zahlenden vollwerthigen Aequivalents zeigt deutlich die Anerkennung des fremden Eigenthums.[1] Der erzeugende Rechtsgrund für die Aenderung des Eigenthumssubjects ist nicht die staatliche Omnipotenz, sondern der Wille der Contrahenten *(voluit, quamvis coactus voluit).* Der Rechtstitel ist nicht ein staatlicher Hoheitsact, sondern ein civilistisches Rechtsgeschäft, der (Zwangs-)Kauf der Parteien.

Wir kommen somit zu dem Resultat: kein Gesetzgeber, weder der kirchliche noch der staatliche, kann in constitutiver Weise das Eigenthumssubject bestimmen. Liegt ein diesbezüglicher gesetzlicher Ausspruch vor, so ist er im Zweifel nur declaratorisch, deshalb aber unnöthig und schädlich. Ersteres im Falle seiner inneren Wahrheit: hier ist nämlich der gesetzlich bezeichnete Eigenthümer wirkliches Eigenthumssubject nicht auf Grund des betreffenden Ge-

---

gehende besondere Heiligkeit. Wohlerworbene Rechte sind aber die Vermögensrechte: Eigenthum, Forderungsrechte u. s. w. Das Gesetz kann nicht und soll nicht die einmal unter die Menschen vertheilten Rechte einfach mit dem Schwamm auswischen.“

[1] Vergl. die Verfassungsurkunden von Preufsen, Art. 9. Württemberg, § 30. Baden, § 14. Reufs j. L. (revid. Staatsgrundgesetz 14. April 1852), § 9. Waldeck, § 34. Kurhessen, § 32. Lichtenstein (die neueren Verfassungsgesetze), § 14. Grafsch. Hessen, § 27 in Verbindung mit dem Gesetz v. 27. Mai 1821. Sachsen-Altenburg, § 54. Braunschweig, § 33. Oldenburg, Art. 60, § 2. Anhalt-Bernburg, § 41, 2. Abs. Schwarzburg-Sondershausen, § 38, 2. Abs.

setzesparagraphen, sondern einer diesem zu grunde liegenden rechtlichen Thatsache. Der Rechtsgrund liegt nicht in, sondern aufser dem Gesetze, konnte und mufste daher auch aufserhalb desselben gefunden werden. Geradezu schädlich aber ist eine diesbezügliche Normirung, wenn sie materiell unrichtig oder einseitig ist, weil hier der Meinung Vorschub geleistet wird, als sei die gesetzliche Bestimmung constitutiver Art, und deshalb von unbedingter Geltung. Von hier aus begreifen wir die auch von Hübler, Schulte, Uhrig, Hirschel und den Politikern Windthorst (Bielefeld), und v. Schorlemer-Alst registrirte Thatsache,[1] dafs das canonische Recht keinen theoretischen Ausspruch über das Eigenthumssubject des Kirchenvermögens gethan habe, als eine tiefe Weisheit dieses Gesetzbuches.

Im Zweifel sagten wir, ist jede gesetzliche Bestimmung über den actuellen Träger von Vermögensmassen nur declaratorischer Art. Denn die constitutive Normirung, welche im Widerstreit mit den thatsächlichen Verhältnissen erfolgt, ist Saecularisation. In der Commission zur Berathung des preufsischen Kirchenvermögensverwaltungsgesetzes v. J. 1875, welcher der Antrag vorlag, einen § 1a. einzufügen, worin die Kirchengemeinde als »Eigenthümerin des gesammten in der Pfarrei vorhandenen kirchlichen Vermögens« erklärt sei, wurde daher nach Ausweis des Commissionsberichts[2] geltend gemacht, man operire in Gesetzen nicht mit theoretischen Sätzen, deren unbedingte Geltung doch nicht behauptet werden könne und deren Tragweite sich nicht übersehen lasse. Wenn man ein Rechtssubject dem andern substituire, so greife man in die Selbständigkeit der Kirche ein. Insbesondere wurde hervorgehoben, dafs nach Art. 15 Abs. 2 der V.-U. der Kirchengesellschaft ihr Vermögen garantirt sei; die Uebereignung dieses Gesammtvermögens *(sic)* an die Einzelgemeinde wäre daher in der That eine neue Art der Saecularisation.

Die Saecularisation ist aber ein Unrecht, welches nicht vermuthet wird, sondern nachzuweisen ist. Es sind zwar schon viele Versuche gemacht worden — die Literatur darüber ist eine ganz aufserordentliche — die Saecularisationen zu rechtfertigen oder

---

[1] Die Belege im III. Theil.

[2] Herrfurth, die preufs. und deutsche Gesetzgebung, 124.

zwischen erlaubten und unerlaubten Saecularisationen zu unterscheiden. Dem ist aber schon früher widersprochen worden, und heute sollte es keinem Juristen mehr zweifelhaft sein, dafs die staatliche Negirung des Eigenthumsrechtes gegenüber dem wirklichen Eigenthümer ganz dasselbe ist, wie wenn der Wächter des Hauses das Haus bestiehlt. Diesen Satz vermag keine Sophistik zu widerlegen.

Ist aber die Saecularisationsabsicht des Staates erwiesene Thatsache, so zweifeln wir daran, dafs der Dejicirte mit Berufung auf den civilrechtlichen Satz: Durch *furtum* und *vis* wird kein Eigenthum erworben, vor dem Gerichte ein Eigenthumsrecht geltend machen kann. Das widerstreitet schnurstracks dem Staatsbegriff. Mögen die durch Gewalt geschaffenen Verhältnisse immer als ein Unrecht erscheinen, so stehen sie doch unter gesetzlicher Sanction, sie sind ein gesetzliches Unrecht, für den Richter also Gesetz.

Diesem steht kein Prüfungsrecht gegenüber der Staatsmoral zu, sondern er hat den verfassungsmäfsig zustande gekommenen Willensausdruck der gesetzgebenden Gewalt ohne Weiteres seinen Entscheidungen zu Grunde zu legen.[1]

Wir schliefsen diese Ausführungen mit folgenden Sätzen:

1. Keine gesetzgebende Gewalt darf durch einen Constitutivact das Eigenthumssubject von Vermögensstücken willkürlich bestimmen.
2. Eine solche Bestimmung hätte den Charakter der Saecularisation, die als solche, weil ein gröbliches Unrecht, *strictissime* zu erweisen ist, erwiesenen Falles aber auch eine gesetzliche Bedeutung hat.

---

[1] Meier (Preufs. K.-R. 413) will unter Berufung auf ein Erkenntnifs des Gerichtshofes z. Entsch. der Competenzconflicte v. 11. Febr. 1854 (Justizministerialblatt S. 238) und 3. Januar 1857 (ebend. 231), sowie Erkenntnifs des Obertribunals v. 25. Septbr. 1847 (Entscheidungen 16, 430) deshalb den Rechtsweg ausgeschlossen sehen, „weil die Säcularisation Ausflufs des Majestätsrechts,“ ein »Souveränetätsact« sei. Das ist eine sehr irrige Auffassung von der Ausdehnung des Majestätsrechts. Die Säcularisation ist eine der Rechtsidee schnurstracks zuwiderlaufende, aber durchs Gesetz gewollte oder gebilligte Eigenthumsenteignung. Für den Richter aber kommt es keineswegs auf das erstere, sondern nur auf das letztere an. Rechtlich zu billigen ist die Säcularisation also nie, trotzdem aber hat sie gesetzlichen Bestand. Die gegentheilige Ansicht (beispielsweise Hammerstein, Kirche und Staat, 175, Mooren, Eigenthum der Kirchhöfe, 30) halten wir für falsch.

3. Eigenthümer wird man durch die Willensobjectivirung in der Richtung der Gesetze.
4. Die Frage nach dem Rechtsgebiet unserer Frage hat somit nur einen Sinn in folgender Form: Welches Recht hat die gesetzlichen Bestimmungen zu treffen über den Erwerb des Eigenthums an den *res sacrae* und dem Kirchengut?

§ 4.

Die Naturrechtstheorie.

Ueber diesen Erwerb soll das Naturrecht entscheiden. Was ist Naturrecht?

Stahl sagt einmal sehr treffend: „Das Naturrecht ist der Ent- „wurf zur Herstellung der Statue, aber nicht selbst Statue.“ Recht ist die in einem bestimmten Staate bestehende, in Gesetz und Gewohnheit existent werdende Ordnung des Gemeinlebens. Das Recht ist ein historischer Begriff; es giebt nur positives Recht, das vielfach sehr wenig der sogenannten Rechtsidee entspricht, nichtsdestoweniger aber Bestand hat, und wie z. B. das altrömische *ius vitae necisque* des *pater familias,* durch die besonderen äufseren oder inneren Staatsverhältnisse bedingt wird. Das sind Sätze, welche nach den meisterhaften Untersuchungen eines Savigny, Puchta und Eichhorn niemand mehr bestreiten sollte; sie des näheren begründen, hiefse abschreiben. Nur auf eins sei hier hingewiesen: Allerdings beherrscht den Menschen der Gedanke der Gerechtigkeit, die Rechtsidee, das Ideal des Rechts: das ist aber ein logisches abstractum, eine Gedankenconstruction, kein wirkliches Reales. Solche ideale Sätze sind auf rein speculativem Wege gefunden und haben an und für sich keine objective Geltung. Es mag wünschenswerth sein, dafs sie diese bekommen; aber bis zu diesem Augenblick sind sie blofse Vernunftforderungen, kein bindendes Recht. Auch was Hirschel, Helle und andere Naturrecht nennen, deckt sich mit diesem Postulat der Rechtsidee; es ist nichts, was die Staatsregierungen verpflichtet oder dem Richter als Norm dient.

Ferner: es handelt sich in unserer Frage, wie wir sehen werden, um die Entstehung und Rechtsfähigkeit der »juristischen Personen.« Ist das Hirschel ein so »natürlicher« Gedanke? Es ist sicherlich kein juristisches Problem so oft behandelt und dabei so verschieden gelöst worden als dieses, nirgends wurde der juristische Scharfsinn so auf die Probe gestellt: wie man hier mit einer naturrechtlichen Construction auskommen will, ist uns ein Räthsel.

Mit diesen Ausführungen erklären wir uns insbesondere auch gegen die neuerdings von Siebenhaar[1] und Schlofsmann[2] unternommenen naturrechtlichen Constructionsversuche. Ersterer meint: „Für das Recht eines Staates giebt es zwei Quellen, nämlich „die Vernunft und die Gesetzgebung des betreffenden Staates. „Aus ersterer fliefst das Vernunftrecht, aus letzterer das be- „sondere (positive) Recht." Des weiteren steht ihm das Vernunftrecht „über der positiven Gesetzgebung des Staates."[3] Diese Ueberlegenheit erscheint bei ihm jedoch mehr als eine virtuelle und gedachte, denn als eine nothwendige und wirkliche. Nur so erklärt sich die folgende Stelle: „Die positive Gesetzgebung kann das Vernunftrecht ändern, . . aber sie soll das nicht thun."[4] Ungleich rückhaltloser äufsert sich Schlofsmann. Mag sich dieser immerhin gegen eine Wiederaufnahme der alten Naturrechtstheorie erklären,[5] er denkt so naturrechtlich wie möglich. Die Rechtswissenschaft, welche keine andere Autorität als den forschenden Verstand anerkennt[6] und in der Erforschung der Elemente unseres Rechtsbewufstseins ihre höchste Aufgabe findet,[7] ist ihm neben Gesetz und Gewohnheit eine Rechtsquelle: „In der Rechtsanwendung gelten . . . wissenschaftliche Dogmen"[8] und er meint, die Wiederausgleichung der Störung der durch die Idee der Gerechtigkeit vorgezeichneten Ordnung, welche vernünftigerweise doch nur durch die Gesetzgebung erfolgen kann, bilde den Inhalt des Richterberufs;[9] er kann es mit der Würde einer Wissenschaft nicht vereinen, dafs

---

[1] Lehrb. des Sächs. Privatr. 1872, Einleitung.

[2] Der Vertrag, 1876.

[3] S. 3. — [4] S. 4.

[5] S. 172, 198, 201. — [6] S. 190.

[7] S. 197, 284.

[8] S. 180. — [9] S. 182.

diese nur das Bestehende erklären und systematisiren solle. Dafs aber dieser Einwand in seiner Allgemeinheit falsch ist, zeigt schon die Stellung der Naturwissenschaften. Im übrigen haben wir bezüglich der Eigenartigkeit der Rechtswissenschaft folgendes zu bemerken: Man gebraucht den Ausdruck Recht tagtäglich in einer doppelten Bedeutung: einmal heifst es: der **Rechtsidee** entsprechend und dann: dem **positiven Recht** gemäfs. Die Jurisprudenz hat sich mit diesem doppelgliedrigen Rechtsbegriff zu beschäftigen; sie hat zunächst das bestehende positive Recht zu begreifen, zu erläutern und zu systematisiren, und es liegt hier ein dankenswerthes Feld vor, das ergiebiger ist, als Schlofsmann zu meinen scheint. Der Bestand des positiven Rechts ist jedoch von der Stellungnahme der Rechtswissenschaft durchaus unabhängig. In zweiter Hinsicht hat der Jurist den logischen und praktischen Werth des geltenden Rechts nach seiner eigenen geläuterten Rechtsidee zu prüfen, und er mag in der weitgehendsten Ausnutzung seiner Kräfte durch „die Entfaltung der Idee der Gerechtigkeit“ [1] der künftigen Rechtsbildung ihre Bahnen weisen; aber dadurch werden seine Rechtsmeinungen keine Rechtsquelle, sondern höchstens Motivation zu denselben. In Rücksicht auf die Frage der Geltung bekommt die geistreichste Ansicht eines Staatsrechts-Lehrers nicht die Bedeutung der kläglichsten Verordnung, und darin beruht, mag es in diesem Zusammenhang auch absonderlich erscheinen, unser Aller Heil. Die Schlofsmann'sche Theorie öffnet der Willkür Thür und Thor, und man sieht nicht, wo der Unfug enden soll. Auch Schlofsmann stellt sich die Frage: „Wer aber soll zwischen den „verschiedenen Formen des natürlichen Rechtsbewufstseins zu Gericht „sitzen? Mit welchem Rechte können wir gerade eine bestimmte „Form als die echte den andern vorziehen .... unmöglich kann „doch das subjective Belieben jedes einzelnen Bearbeiters der Rechts„wissenschaft souverän und endgültig urtheilen.“ [2] Der Bescheid lautet: „Auf diese Frage antworte ich zunächst mit einer andern „Frage. Die deutsche Sprache wird in unzähligen Mundarten ge„sprochen. Mit welchem Rechte zeichnet man von allen Formen

---

[1] Schlofsmann, S. 183.
[2] S. 202 f.

„ihrer Erscheinung eine einzige als die reine aus, und warum erkennt „man Andere als competentere Richter über Richtigkeit und Schön-„heit der Sprache an, als den ersten besten Mann aus der Menge?" Wir müssen nun sagen: uns genügt diese bildliche Antwort nicht. Die beiden Rechtsbegriffe sind zum Unheil confundirt worden, und die Klage Bekkers ist berechtigt: „Recht ist leider noch immer ein sehr vieldeutiger Ausdruck." [1] Wir werden nicht eher zu allseitig befriedigenden Resultaten kommen, bis ihre Trennung vollzogen, und jedem dieser beiden Factoren der gebührende Platz angewiesen ist: für den Gesetzgeber und die in dessen Diensten arbeitende Wissenschaft ist allein die Rechtsidee bestimmend, für den Richter und die demselben vorarbeitende Wissenschaft ist nur das geltende Recht, — das Recht schlechthin — von Bedeutung. Man bezeichnet in diesem letzteren Sinn das Recht in mehr abstracter Weise als die Ordnung der menschlichen Verhältnisse, den Ausgleich und die Harmonie der menschlichen Interessen. Eine Ordnung, ein Ausgleich kann aber in der verschiedensten Weise erfolgen, die Ordnung kann planmäſsig sogar so ausgeführt sein, daſs sie als Unordnung erscheint, der Ausgleich kann human und inhuman sein. Trotzdem ist hier eine Ordnung, ein Ausgleich, ein Zustand des Rechts.

§ 5.

Die göttliche Rechtstheorie.

Ueber die rechtlichen Voraussetzungen zum Erwerb des Sacraleigenthums soll das göttliche Recht entscheiden. Was ist göttliches Recht?

Das sogen. *ius divinum* erscheint in einer gewissen Proteus-Natur: glaubt man den Begriff gefaſst zu haben, so entwindet er sich unter der Hand und macht sich mit immer frischer Prätension in anderer Form wieder bemerklich. Möge in nicht allzu langer Zeit eine gründliche historische Untersuchung die vielen Irrgänge klarlegen, welche dieser Begriff schon durchmessen!

---

[1] Actionen I. S. 10.

Unsere Ansicht ist die: das Recht, welches sich den Namen des »göttlichen« beilegt, mufs *a priori* den Charakter des Unwandelbaren besitzen. Das *ius divinum* hat nur eine Stelle im Kirchenrecht, und zwar nur, insoweit dieses eine unwandelbare, d. h. dogmatische Grundlage hat. *Iura divina* sind diejenigen Rechte, welche sich, wie z. B. die *iura ordinis,* mit dogmatischer Nothwendigkeit aus einer dogmatischen Institution ergeben.[1] Auch die dogmatische Institution selbst nennt man mitunter als die von dem göttlichen Stifter selbst verliehene Machtsphäre *ius divinum.*

Sobald wir diesen scharfbegrenzten Boden verlassen, kommen wir ins Unberechenbare. So ist denn schon lange das *ius divinum* ein schwankender Begriff, den man mit besonderer Vorliebe für unklare Anschauungen ins Feld führt und möglichst ungern formulirt. Auch in den Kirchengesetzen vermifst man nur zu oft die richtige Mafshaltung im Ausdruck und die Logik der Anordnungen. So gilt die Ehe in der kath. Kirche *iure divino,* also kraft Dogma, als unauflöslich, und doch wird sie aus unverkennbarer Bevorzugung des Ordensstandes vor der *consummatio* behufs des Eintritts in den Ordensstand dem Bande nach gelöst.[2] Von hier aus hat dann Phillips allerdings allen Grund, mit Sanchez, Carrière, Uhrig, Knopp, Schulte, Kuschker u. A. zu erklären: „Sobald einmal „die mögliche Auflösbarkeit einer nicht consummirten Ehe auf „Grund einer *professio religiosa* feststeht, so kann nicht bezweifelt „werden, dafs der Papst kraft der ihm über die ganze Kirche zu„stehenden Lösegewalt auch das Recht haben müsse, dasjenige auf „dem Wege der Gnade thun zu können, was dort auf dem Grunde „eines Rechtsanspruchs erlangt wird.“[3] Was heifst hier noch *ius*

---

[1] Hirschel (Archiv, 27, S. 23) führt als Sätze des göttlichen Rechts an: „Das Recht, das Evangelium allen Menschen zu predigen, in die Kirche einzutreten, die evangelischen Räthe zu befolgen, Diener Gottes zu werden u. s. w.“; das geht zu weit. Ein *ius divinum* ist es aber zweifellos, welches der Priester ausübt, wenn er absolvirt und transsubstantiirt; desgleichen gehört das Recht der Bischöfe, die Kirche zu regieren, hierher.

[2] Darüber giebt jedes Lehrbuch des Kirchenrechts Aufschlufs. Vgl. beispielsweise Phillips (3. Aufl.) 619, 749 ff., 754 ff.

[3] S. 752. Soweit wir sehen, ist hier nur Hammerstein consequent geblieben, welcher mit Rücksicht auf den dogmatischen Charakter der Unauflösbarkeit des

divinum?[1] Unter göttlichem Recht versteht man schliefslich Alles, wofür man einen Bibelspruch anführen kann,[2] den man dann vielfach noch recht willkürlich interpretirt. So beruft sich c. 2 C. XIV. q. 3 auch auf die *„scriptura divina"*, um nicht blofs das Verbot des Zinsnehmens zu begründen, — das geschieht in c. 7, 10 C. XIV. q. 4 und c. 4. X. 5, 19[3] — sondern sogar jeglichen Mehrempfang, auch in Form von *„munuscula"*, zu verbieten. Die schärfste Zuspitzung erleidet diese Kirchennorm in einer Constitution des Papstes Alexander III. an den Erzbischof von Palermo. Letzterer hatte angefragt, ob es erlaubt wäre, Zinsen zu nehmen, wenn der Zinsnehmer seinen Erlös zum Loskauf der Gefangenen bestimme. Die engherzige Antwort lautet: *„Respondemus, quod, „quum usurarum crimen utriusque testamenti pagina „detestetur, super hoc dispensationem aliquam posse fieri „non videmus, quia, quum scriptura sacra prohibeat vel „pro alterius vita mentiri, multo magis prohibendus est quis, ne „etiam pro redimenda vita captivi usurarum crimine involvatur."*[4] Diese Antwort macht es zweifellos, dafs die persönliche Ansicht des Papstes Alexander III. dahin ging, das Zinsverbot bestehe *iure divino.* Wenn diese Bestimmungen heute *usu contrario* aufser Kraft gesetzt sind, so liegt für die Jetztzeit keine Aenderung der dogmatischen Glaubensgrundlagen, sondern in der Vergangenheit nur

---

Ehebandes erklärt, „dafs die Kirche die Lösung des Bandes einer unter Getauften vollzogenen Ehe weder durch ein allgemeines Gesetz noch durch Dispens im einzelnen Falle vornehmen kann" (Kirche und Staat, 46). Uebrigens scheint sich H. den Rückzug decken zu wollen, wenn er dies auf die „vollzogene Ehe" beschränkt, und in der That müssen wir einräumen, dafs nur die Lehre, die Ehe werde erst durch die *consummatio* rechtlich fertig, an den bezeichneten Klippen vorbeihelfen kann. Aber diese Theorie ist falsch.

[1] Diese Frage haben wir uns insbesondere vorgelegt, als wir im Archiv 9, S. 474 lasen, dafs Vering schliefslich jedes historische Recht, „insofern man in der Geschichte die Hand der göttlichen Vorsehung erblickt", ebenfalls „göttliches Recht" nennt. Vgl. auch de Angelis, *Praelectiones II.*, p. II. 377. Von hier kann sich allerdings keine Controverse mehr darüber bilden, ob eine Frage nach göttlichem oder positivem Rechte zu beantworten ist.

[2] Vgl. Schulte in Lindes Zeitschr. für Civilr. u. Procefs, N. F. VIII, 179.

[3] Vgl. noch c. 17—19, X. 5, 19 und c. 1—4, C. 14, q. 3. Benedict. XIV., *de synodo dioecesana* IX. c. 11, N. 1. X. c. 5.

[4] c. 4 X. 5, 19.

ein Mifsbrauch mit dem Begriff des *ius divinum* vor.[1] C. 2. C. 16 q. 2 behauptet auch die Göttlichkeit der Zehntpflicht; „*Admonemus* „*atque praecipimus, ut decimas omnino dari Deo non negligatur, quas* „*ipse Deus dari constituit, quia timendum est, ut quisquis Deo* „*debitum suum subtrahit, ne forte Deus per peccatum suum auferat* „*ei necessaria sua.*“ Mit Recht klagt daher Gitzler, dafs das *ius divinum* eine Ausdehnung erhielt, bei welcher eine genaue Festhaltung des Begriffs desselben nicht mehr möglich war, abgesehen davon, dafs man sich in der einen Beziehung an das, was man für *ius divinum* ausgab, im Gewissen gebunden fühlte, in der anderen aber unbeachtet liefs.[2]

Auch das bischöfliche Ordinariat von Limburg glaubte seine Auffassung vom Eigenthümer des Kirchenguts durch das „Dogma resp.

---

[1] Die Kirchenväter wandten sich hauptsächlich gegen das Zinsnehmen, weil dasselbe wegen der Höhe des Zinsfufses, zumal in der damaligen naturalwirthschaftlichen Zeit, als Wucher erscheinen mufste. Sie dachten aber nicht daran, ihre rein pastoralen Rathschläge (vgl. z. B. Ambros. ep. 19, 4) als gemeinverbindliche Regeln oder gar Rechtsnormen zu formuliren, und sie erkannten für sich die Pflicht, Zinsen zu zahlen, ganz und voll an (Gregor M. epp. VIII. 37, Aug. ep. 268). Erst die Capitulariengesetzgebung erliefs rechtliche Zinsverbote (z. B. bei Pertz, leg. I. 144), und die Kirchengesetzgebung schlofs sich dem an. Aber statt dafs diese ihre Anordnungen mit sachlichen, der Zeitlage entnommenen Gründen zu rechtfertigen sich bemühte, — wie dies neuestens z. B. Funk im 1. Heft der Tüb. Theol. Q.-S. 1867 (gegen Neumann) versuchte — glaubte sie in der Berufung auf die Bibel *fundatam opinionem* zu haben (Denzinger, Euchiridion, p. 173. Hefele, Conc.-Gesch. VI. 483), und Thomas v. Aquin giebt dieser divinaltheoretischen Formulirung schon früh die naturrechtliche Couleur, indem er aus natürlichen Gründen, nämlich weil das Geld unproductiv sei, das Zinsnehmen für unerlaubt erklärt. (Endemann, die national-ökonom. Grundsätze der canon. Lehre, Jahrb. f. Nat.-Oecon. I. 33.) Canonisten und Moralisten bemühen sich nunmehr, das Zinsverbot wie ein kirchliches Dogma aus Schrift, Tradition u. s. w. zu beweisen, und als die Culturentwicklung über die alten Zinsgesetze zur Tagesordnung überging, suchte die scholastische Kasuistik noch ihr Princip zu retten in der Sentenz, *ratione mutui* sei das Zinsnehmen nach wie vor verboten, aber *propter lucrum cessans* und *damnum emergens* sei es erlaubt. Ratzinger, Geschichte der kirchl. Armenpflege, 290. Ein solches Fiasko werden zweifellos auch heute alle diejenigen Theorien machen, welche für rein weltliche Verhältnisse innerhalb der Kirche mit Vorliebe die dogmatisirende Zwangsformel wählen: sie werden sich mit ihren eigenen Waffen verwunden.

[2] Handb. des gem. u. Preufs. Kirchenrechts, 1841. Vorr. 10.

die Lehre der heiligen Schrift" gefordert und berief sich dabei auf eine Menge nicht hierher gehöriger Bibelstellen.[1] Diese kirchenbehördliche Auffassung, wonach das Kirchenvermögen „gegenüber dem Staate und anderen Religionsgemeinschaften Eigenthum der Gesammtkirche" und „innerhalb der Kirche" Eigenthum der „kirchlichen Institute", und dafs daneben und trotzdem aber auch ein göttliches Eigenthum ebenso bestimmt gegeben, als ein Kirchengemeindeeigenthum ausgeschlossen sei, ist freilich für den Juristen so unfafsbar, dafs sie nur als Glaubenssatz, den man überhaupt nicht zu begreifen braucht, acceptabel erscheint. Auch der bayr. Episcopat suchte seine gesammtkirchliche Eigenthumstheorie mit der „von Gott gegebenen Verfassung" der Kirche zu stützen (15. Mai 1853).[2] Wir möchten demgegenüber den

[1] Vorstellung an das Hof- und Appellationsgericht in Wiesbaden vom 27. Mai 1867 (Archiv 20, S. 141): „Dies nöthigt uns, die Aufmerksamkeit des königl. Hof- und Appellations-Gerichtes darauf hinzulenken, dafs die Ansicht, als ob das kirchliche Vermögen nicht gegenüber dem Staate und anderen Religionsgemeinschaften Eigenthum der Gesammtkirche, und innerhalb der Kirche nicht eigenthümliches Stiftungsvermögen der einzelnen es zu ihrem Theile stiftungsmäfsig besitzenden kirchlichen Institute, Stiftungen und Corporationen (Klöster, Capitel u. s. w.) resp. ihrer verschiedenen Titel (Gott, Christus, Maria, Engel und Heilige) sei, sondern Eigenthum der Parochianen, der Gemeindeglieder, abgesehen davon, dafs sie alles und jedes Anhaltes in den Gesetzen entbehrt, schon deshalb auf dem katholischen Rechtsgebiete Geltung nicht beanspruchen kann, weil sie absolut unverträglich ist mit dem katholischen Dogma resp. der Lehre der heiligen Schrift von der Person unseres seiner heiligen Menschheit nach zum Erben des Weltalls gesetzten Erlösers, dem alle Gewalt übergeben im Himmel und auf Erden, Hebr. 1, 2. Matth. 28, 18; von der Kirche als dem Hause Gottes (I. Tim. 3, 15), als dem Leibe und der Braut Christi (Ephes. 1, 22 und 123; 5, 23 folg.; Apost. 19, 7); von der kirchlichen Hierarchie, welche der Papst als Stellvertreter des unsichtbaren Hauptes der Kirche zu vertreten hat (Matth. 16, 18, 19; 18, 17; Joann. 20, 21; Act. 20, 28), und von der Zusammengehörigkeit der im Himmel triumphirenden, auf Erden streitenden und im Reinigungsort leidenden Kirche als einer von ihrem Stifter geordneten und unzertrennlichen Einheit (Ephes. 1, 20—23, 4, 4—7)."

[2] Die bayr. Bischöfe hatten dagegen in der Denkschrift vom Juni 1816 den König gebeten, es möge ihm gefallen, „die vom Heilande selbst ausgesprochene Ausscheidung des Kirchen- und Staatsguts" anzuerkennen und das Eigenthumsrecht „den Kirchen" zuzusprechen.

Theologen zu bedenken geben, dafs sie durch solche Dogmatisirungen von zweifellos verkehrten und dabei nur das Materielle betreffenden Schulmeinungen die Achtung für das wirkliche Dogma empfindlich schädigen und bei solchen, welche im Glauben weniger befestigt sind, den Gedanken erwecken, dafs es mit beiden gleich schlecht bestellt sei.

Wenn wir das *ius divinum* im Sinne eines dogmatischen, unverrückbaren Rechtes erklären,[1] so ist es von vornherein klar, dafs die Frage nach den Voraussetzungen des Eigenthumserwerbes der *res sacrae* und des Kirchengutes kein göttliches Recht sein kann. Bereits Augustinus[2] spricht sich in diesem Sinn aus: *„Unde quisque „possidet quod possidet? Nonne iure humano? Nam iure divino „Domini est terra et plenitudo ejus . . . Jure tamen humano dicitur, „haec villa mea est, haec domus mea, hic servus meus est.“* Wer kann hier, zumal angesichts eines fast zweitausendjährigen Wechsels, alles Ernstes von einer Unwandelbarkeit sprechen? Und wenn Hirschel in dem *ius divinum* die „Regeln“ erblickt, „welche zum Bestande der menschlichen Individuen und der Gesellschaft in übernatürlicher Hinsicht nothwendig sind“, oder die Gott „zur Erreichung der übernatürlichen Bestimmung des Menschen besonders anordnete“,[3] so fragt man sich doch mit Fug und Recht: wie ist es nur möglich, eine so durchaus irdische und materielle Befugnifs, wie sie die Erwerbsfähigkeit ist, in so unabsehbare, übersinnliche Weite zu entrücken? *Jura divina* können nur durch Gott besonders verliehen sein, weil sie wegen ihrer übernatürlichen Bedeutung jeden natürlichen Ursprung ausschliefsen. Wer wird aber in der Eigenthumsfähigkeit der Kirche alles Ernstes etwas Uebersinnliches erkennen?

---

[1] Auch Hammerstein sagt vom göttlichen Recht, dafs es „vom Schöpfer unwandelbar festgestellt ist für die ganze Zeit bis zum jüngsten Gericht.“ Kirche und Staat 187. Desgl. Hirschel (Archiv 27, S. 23). Damit verträgt sich allerdings nicht die von Friedle im Archiv 15, S. 338 vertretene Ansicht, wonach ein in der Kirche Jahrhunderte lang wirksam gewesener »Zustand« (gemeint ist die frühere übermächtige Archidiaconalstellung) „der Verfassung der Kirche, wie sie auf dem *jus divinum* beruht, widersprach.“ (!!) So etwas kann es nach katholischer Auffassung gar nicht geben.

[2] c. 1 D. 8.

[3] Archiv 27, S. 22, 23.

Montpellier und sein Recensent vertheidigen ferner die *iure divino* bestehende Privat-Rechtspersönlichkeit der Kirche mit der Ueberlegung, „dafs Gott sich widersprechen würde, wenn er nicht einem solchen Vereine die Mittel zu seiner Erhaltung und seinem Besten in dieser Welt gewähre.“ [1] Auf diese Art kann ich aber viel eher beweisen, dafs die Kirchenkasse *iure divino* eine Art Oelkrüglein von Sarepta sei. Wir glauben einen wunden Fleck zu treffen, wenn wir sagen: Derjenige bekundet zweifellos eine edlere Glaubensauffassung, der das Gebiet dogmatischer Wahrheiten am wenigsten durch die alltäglichen und wechselnden Erscheinungen des Lebens durchsetzt und am entschiedensten ihre Einschränkung auf wirklich geistige Dinge vollzieht. Und wenn Hirschel für unsere Frage die rechtliche Zwangsnatur dieses sogen. *ius divinum* damit ausspricht, dafs er „alle einzelnen Menschen und alle Staaten und Gemeinwesen“ für „verpflichtet“ hält, dasselbe „anzuerkennen und zu schützen“ und das schuldvolle Zuwiderhandeln als ein „sich verfehlen gegen die Anordnungen Gottes selbst“ bezeichnet mit Berufung auf „Luc. 10, 16: *qui vos audit, me audit etc.,* [2] so haben wir hier das würdigste Seitenstück zu der früher üblichen theol. Rechtfertigung des Zinsverbotes. Eine Kritik der einzelnen Stützpunkte der göttlichen und Naturrechtstheorie wird am zweckmäfsigsten bei der Besprechung der kirchlichen Rechtstheorie erfolgen.

Die kirchliche Rechtstheorie.

§ 6.

Der Schwerpunkt der Frage.

Zum Erwerb des Eigenthumsrechtes sind, wie zum Erwerb eines jeden Rechtes, drei Dinge unbedingt nothwendig: ein fähiges Subject, ein fähiges Object und eine rechtserzeugende Thatsache.

I. Was den letzten Punkt anlangt, so bemerkt Schulte: „Die „Fragen über die Bedingungen, Formen des Erwerbs und Verlustes, „die Klagen u. s. w. fallen anheim dem Civilrechte und können je

[1] Archiv 15, S. 151.

[2] Archiv f. kath. K.-R. 34, S. 84.

„nach dem Rechte eines Staates verschieden beantwortet werden.“ [1] Darauf erklärte Hirschel: „Diese mit dem Scheine der Evidenz vorgetragene Beweisführung ist aber oberflächlich und sinnlos.“ [2] Nach ihm stammt merkwürdigerweise „jene Unterwerfung der Kirche in vermögensrechtlicher Beziehung unter die Gewalt des Staates aus der Reformation“, [3] und an einer andern Stelle erkennt er der Kirche das Recht zu, „auch in vermögensrechtlicher Beziehung für sich Vorrechte oder Bestimmungen hinsichtlich des Erwerbes u. s. w.“ festzusetzen, „deren Berücksichtigung sie verlangt, z. B. das Asylrecht, die Immunität, die Gültigkeit formloser Zuwendungen zu guten Zwecken u. s. w.“ [4] Daraus folgt, dafs,

---

[1] Lehrb. 426. Vgl. auch System 471 und 491. Roth, Bayr. Civilr. I. 206. Friedberg, K.-R. 296. Hinschius, K.-R. II. 471.

[2] Archiv f. kath. K.-R. 34, S. 87, und Archiv 27, S. 21 ff. Dem gegenüber weisen wir darauf hin, dafs der Schulte'sche Grundsatz im Archiv bereits 1863, S. 171, Anerkennung gefunden hat. Auch die „Denkschrift des Erzbischöfl. Capitel-Vicariats von Freiburg (1869), den (badischen) Gesetzentwurf über die Rechtsverhältnisse und die Verwaltung der Stiftungen betr. betont S. 24: „Es versteht sich auch von selbst (ist also weder oberflächlich noch sinnlos), dafs die allgemeinen rechtlichen Grundsätze über Eigenthum und Vermögen, dessen Erwerb und Verlust, die allgemeinen öffentlich rechtlichen Bestimmungen, welche die Staatsgewalt über Besteuerung, Zwangsabtretung u. dergl. aufstellt, auf das Vermögen der Kirche anwendbar sind.“ Wenn auch Hirschel (Archiv 27, S. 2) sagt: „Ueberhaupt mufs unbedingt der Grundsatz in Anwendung gebracht werden, für kirchliche und gute Zwecke Zuwendungen nur an solche Personen und Anstalten zu machen, welche nach der Gesetzgebung und Praxis des einzelnen betreffenden Landes mit zweifelloser Sicherheit rechtsgiltig bedacht werden können,“ — so darf hierin nicht ein Umschwung seiner Auffassung, sondern nur der praktische Sinn erkannt werden, der sich sagt: Der sicherste Weg ist der beste. Dagegen steht folgende Stelle im offenbaren Widerspruch zu Hirschels sonstiger Auffassung: „Uebrigens versteht es sich von selbst, dafs die Rechtspersönlichkeit der Kirche bezüglich der einzelnen Erwerbstitel, der Sicherstellung des Eigenthums und Besitzes und der Ausübung desselben im Einzelnen sich nach den Vorschriften des Particularrechtes zu richten hat und stets auch richtete.“ (Archiv 27, S. 35.) Das ist doch ganz dieselbe Auffassung, welche Hirschel 7 Jahre später für „oberflächlich und sinnlos“ erklärte.

[3] Archiv 27, S. 28.

[4] Auf diese Weise könnten wir ein doppeltes Eigenthum an derselben Sache construiren, ein solches nach Kirchen- und ein solches nach dem welt-

insoweit die Kirche nicht selbst ihre vermögensrechtlichen Beziehungen regelte, sie im übrigen die Geltung des Civilrechtes des einzelnen Landes anerkennt." [1] Fürwahr, sehr gnädig! Wir haben uns bei der Lectüre der Hirschel'schen Arbeiten mehr als einmal die Frage vorgelegt: glaubt Hirschel der Kirche mit solchen utopischen, unfafslichen Constructionen wirklich zu nützen? Auch ich darf sagen: ich liebe meine Kirche, aber gerade deshalb empfinde ich es als meine heilige Pflicht, solchen Auffassungen, die den Gegner nur reizen und in ihm ganz falsche Vorstellungen von dem Wesen der kath. Kirche erwecken, mit aller Bestimmtheit entgegenzutreten. Glaubt denn Hirschel wirklich, dafs eine Kirche, die unermüdlich und im Kampfe nach civilrechtlichen Vorrechten jagt, der Intention des göttlichen Stifters entsprechen würde? „Mein Reich", sagt Christus, „ist nicht von dieser Welt!" Welcher Abstand zwischen dieser erhabenen Weltentsagung und

---

lichen Privatrechte. Und wirklich hat sich Sternberg (Versuch, S. 10) zu dieser unglaublichen Ansicht verstiegen.

[1] Vgl. Hirschel, Archiv 34, S. 88, und Archiv 27, S. 21. Anfangs dachten wir, Hirschel hätte die Schulte'schen Worte mifsverstanden und sähe in ihnen einen Angriff auf die Rechtsfähigkeit der Kirche durch sich selbst. Wir haben uns jedoch überzeugt, dafs er die abstracte und concrete Eigenthumsfrage, das Recht zum Erwerben überhaupt und die einzelne wirkliche Erwerbung auseinanderhält. Nur S. 85 ist dies wieder verwechselt, sonst hätte folgende Kritik über S. 426 des Schulte'schen Lehrbuches keinen Sinn: „Wie übrigens Alles, was die Erwerbung betrifft, vom Civilrecht" abhängen und dennoch „die Kirche das Recht zum Erwerben nicht von einer Bewilligung des einzelnen Staates," also nicht vom „Civilrechte", sondern vom „göttlichen Rechte" und „ihrer allgemeinen natürlichen Rechtsfähigkeit," folglich gewifs nicht vom Privatrecht „des Landes," ableiten soll, ist schlechterdings nicht zu verstehen." Vielleicht versteht es Hirschel, wenn wir im Schulte'schen Sinn folgendermafsen formuliren: Wann, durch welchen Act u. s. w. ich von einem Gegenstande Eigenthümer werde, das normirt das Civilrecht, welches die Voraussetzungen der Erwerbung im schöpferischen Acte bestimmt. Dafs ich aber überhaupt von etwas Eigenthümer werden kann, diese Fähigkeit habe ich in und mit meiner Existenz. Hier hat die Rechtsordnung nichts zu schaffen, sondern nur anzuerkennen. So erklärt auch Hergenröther in ersichtlicher Anlehnung an Schulte: „In Bezug auf den Erwerb zeitlicher Güter hat sie (die Kirche) sich stets nach den bürgerlichen Gesetzen der betr. Länder gerichtet, aber das Recht zum Erwerb überhaupt folgt aus ihrer allgemeinen natürlichen Rechtsfähigkeit." (Kath. Kirche und chr. Staat, S. 115.)

Hirschels weltstürmenden Plänen! Und hält Hirschel das Asyl- und Immunitätsrecht wirklich für originäre Rechte der Kirche? Bestanden sie denn in den ersten Jahrhunderten? Wo sind sie heute? Sie wurden genommen, wie sie gegeben wurden. Und wenn in früherer Zeit die Kirche in verbindlicher Form Privatrechtsnormirungen traf, so that sie dies nicht mit innerer Nothwendigkeit und originärer Zuständigkeit, sondern nur kraft staatlicher, aus den Zeitverhältnissen erklärlicher Connivenz. Dieses Verhältnifs, so erkannte auch der verstorbene Bischof von Ketteler an, „war nicht gegen die Stiftung, ist aber auch kein nothwendiger Ausflufs der Stiftung Christi, und hat daher aufgehört, seitdem die Völker es aufgelöst haben.“ [1]

Was die wirkliche Rechtslage anlangt, so genügt es, auf die Bestimmungen des badischen und preufsischen Gesetzgebers zu verweisen. Das badische Kirchengesetz v. J. 1860, § 13, sagt: „In „bürgerlichen und staatsbürgerlichen Beziehungen bleiben die „Kirchen, deren Anstalten und Diener den Staatsgesetzen unter„worfen,“ und im preufsischen A. L. R. II. 11, § 27, heifst es: „Sowohl öffentlich aufgenommene, als blofs geduldete Religions„und Kirchengesellschaften müssen sich in allen Angelegenheiten, „die sie mit anderen bürgerlichen Gesellschaften gemein haben, nach „den Gesetzen des Staates richten.“

Auch speciell bezüglich der *res sacrae* steht es der Kirche nicht zu, die rechtserzeugenden Acte und Thatsachen des concreten Eigenthumserwerbes gesetzgeberisch zu bestimmen. Zwar wird, wie wir sehen werden, bis in die neueste Zeit die Ansicht vertreten, dafs kraft Kirchengesetzes die *consecratio* eine Eigenthumsverschiebung bewirke. Die *consecratio* ist aber kein dominialer Erwerbstitel und kann auch durch ein Kirchengesetz nie einseitig zu einem solchen gemacht werden. Die Kirche hat nicht den Beruf, eigenthumsrechtliche Normen auszubilden; ihre Aufgabe ist eine geistige, heilsanstaltliche, und zur Erfüllung dieses Zweckes hat sie ein besonderes Eigenthumsrecht nicht nöthig. Das ist Alles so selbstverständlich, dafs wir kein weiteres Wort darüber verlieren.

---

[1] „Das Recht und der Rechtsschutz der kath. Kirche,“ 39. Aehnlich Reichensperger im preufs. Abgeordnetenhause am 10. März 1875, Stenogr. 628

II. Die Kirche hat aber auch kein Recht, Normen aufzustellen, welche die Eigenthumsfähigkeit des Objects betreffen. Auf die Frage des Kirchenguts und der *res sacrae* angewandt, heifst das: Der Kirche mangelt der Beruf und die Befugnifs, das Kirchengut oder die *res sacrae* als eigenthumsunfähig zu erklären, oder ihren Eigenthumserwerb oder die Eigenthumsauflassung mit dem Charakter der Nullität zu bekleiden; dies ist vielmehr lediglich Sache der Civilgesetzgebung des Staates. Freilich hat die kirchliche Obrigkeit kraft kirchlichen Hoheitsrechtes die Befugnifs unter bestimmten Voraussetzungen ihren Organen, Instituten und Angehörigen zu verbieten, gewisse Sachen zum Eigenthum zu erwerben oder zum Eigenthum zu vergeben. Derartige Bestimmungen bestehen ja auch thatsächlich, und es fällt niemand ein, ihre Rechtsständigkeit zu bestreiten. Die Kirche kann auch mit Berufung auf das Fehlen eines civilrechtlichen Erfordernisses vor dem Civilgericht des Staates Nullitätserklärung oder Rescission beantragen, aber sobald sie durch einen gesetzgeberischen Act ein sonst gültiges bürgerliches Rechtsgeschäft selbst als ungültig erklärt, überschreitet sie ihre Befugnisse. Das ergiebt sich mit Nothwendigkeit aus der Beschränkung der Kirche auf das geistige Gebiet.

III. Nicht so einfach steht es mit dem dritten rechtlichen Erfordernifs des Eigenthumserwerbes, der Fähigkeit des Subjects. Dafs die Kirche Eigenthümerin des Kirchenguts und in gewisser Beschränkung der *res sacrae* ist, wird heute allgemein zugegeben. Hat sie nun diese Rechtsfähigkeit kraft kirchlichen oder kraft weltlichen Rechtes. Das ist der eigentliche Sitz der Controverse, die ihre praktische Spitze dadurch gewinnt, dafs die Frage, wer in der Kirche virtuell als Eigenthumsträger anzusehen ist, sich nunmehr als identisch erweist mit der Frage, wer in der Kirche Rechtsfähigkeit besitzt. Es liegt aber im Begriff, dafs die Rechtsfähigkeit nur durch das Recht gegeben wird. Der Nachweis, dafs dieses oder jenes Recht diesem oder jenem kirchlichen Institut die Rechtsfähigkeit zugesprochen habe, hat aber die Zuständigkeit dieses Rechtes im gegebenen Falle zur Voraussetzung, und diese Competenzfrage ist es, welche die Geister seit dem Erscheinen der Hübler'schen und Schulte'schen Arbeiten besonders beschäftigt hat.

B. Insbesondere die Lehre von den Personen.

1. Die sog. physischen Personen.

§ 7.

Die Quelle der Rechtssubjectivität des Menschen.

Recht im subjectiven Sinn ist ein von der Rechtsordnung anerkanntes objectives Wollendürfen.[1] Ein Rechtssubject ist daher die Verwirklichung zweier Erfordernisse: Es setzt voraus das Vorhandensein eines Willens und die Erklärung der Rechtsordnung, die Objectivirungen dieses Willens nach gewissen Richtungen zu respectiren und zu schützen.[2] So setzt auch das Eigenthums-

[1] Zitelmann, Begriff und Wesen der sog. jurist. Personen, 1873, S. 62: „Recht ist ein mit objectiver Geltung ausgestattetes Wollendürfen.“ Windscheid, definirte früher, wie wir aus Vering (Geschichte u. Pand., 4. Aufl., 13) ersehen: „Das Recht ist ein von der Rechtsordnung verliehenes Wollendürfen“ (in der 4. Aufl. heifst es: „eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft concreten Inhalts“). Wollendürfen ist an und für sich nicht falsch. Aber dasselbe ist nur ein Recht unter der Voraussetzung seiner objectiven verpflichtenden Gültigkeit, sonst würde man besser nach dem Vorschlag von Vering (Geschichte und Pandekten, 4. Aufl., 13) und Schlofsmann (Der Vertrag, 244) sagen: „Handeln-dürfen.“ Auch Brinz (Pand., 2. Aufl. I. 175) fafst in einer Polemik gegen die Auffassung Savignys (System II. 26, 46, 198) von der Rechtsfähigkeit als der blofsen Fähigkeit zu haben die Rechtsfähigkeit auf als „diejenige Handlungsfähigkeit, welche man nicht von der Natur, sondern vom Rechte hat.“ Wir können dem jedoch nicht zustimmen, weil wir einen Unterschied zwischen Rechts- und Handlungsfähigkeit anerkennen, und weil die Substanz des Rechts eine Willensmacht oder ein Wollendürfen ist, wie überhaupt der Wille die Grundlage der Rechte ist. Die Polemik Schlofsmanns (245 f.) gegen Wollendürfen ist nicht begründet, nur genügt nicht das zusatzlose innerliche Wollendürfen, sondern es ist ein anerkennungspflichtiges Wollendürfen erforderlich, wie dies in der Definition ausgedrückt ist. Das Windscheid'sche „verliehene“ hat dagegen nicht unsere Zustimmung: die Willensmacht ist vom Recht nicht verliehen, sondern ein vorrechtliches Reales; das einzige, was von der Rechtsordnung herkommt, ist die Anerkennung dieses objectiv Realen.

[2] Richtig Vering a. a. O. 13: „Recht im subjectiven Sinne ist der Inbegriff der Befugnisse, welche auf Grund des Rechts im objectiven Sinne Jemandem

recht nach Förster[1] „zweierlei voraus: einmal ein Rechtssubject, dem es zusteht, sodann die Anerkennung von Seiten des Staats, dafs es Eigenthum dieses bestimmten Subjects sei und als solches geschützt werden müsse.“

Bei Zitelmann, welcher unserer Auffassung am nächsten steht, erscheint das erste Moment, welches wir wiederum das naturale oder factische nennen wollen, viel zu sehr unter dem Gesichtspunkt der blofsen »Befähigung« oder »Qualität«, was dann selbstverständlich nur die »Fähigkeit, Rechtssubject zu sein«, bedeuten kann; in diesem festen Anklammern an den zu erklärenden Begriff wird jedoch eine materielle Gedankenerweiterung unmöglich gemacht.[2] Nach unserer Anschauung also erscheint der erste die Rechtssubjectivität bedingende Factor, der Wille, als etwas, was in sich einen fertigen Bestand hat, als eine packende Wirklichkeit, nicht inhaltlose Möglichkeit. Indem nun zu diesem naturalen Factor das zweite begriffconstituirende Element, die Anerkennung der bezeichneten Willensobjectivirungen durch die Rechtsordnung hinzutritt, ist die Rechtssubjectivität begründet; nicht etwa wird hiermit das Mögliche zum Wirklichen gemacht, sondern das Wirkliche nur nach einer gewissen Richtung determinirt, dem im aussichtslosen Kampfe ringenden Willen die Lebensfähigkeit verliehen. Der Wille objectivirt sich allerdings schon vor und unabhängig von der Rechtsordnung lediglich nach immanenten Gesetzen, er will nicht blofs, sondern darf auch wollen. Aber dieses Wollendürfen ist nur subjectiv; in diesem Sinn darf auch der Dieb stehlen. Durch die Anerkennung der Rechtsordnung erst wird das subjective Wollendürfen zu einem gehaltvollen und geachteten, gewinnt objective Geltung.

Zur Rechtssubjectivität ist jedes der genannten Elemente unbedingt nöthig. Der naturale Wille ist noch nicht Rechtssubject,

---

zuerkannt und von der öffentlichen Gewalt geschützt werden.“ Die von Brinz (Pand. § 23) gemachte und von Windscheid (Pand. § 37) kritisirte Unterscheidung zwischen Macht und Befugnifs ist nicht vorhanden, wohl aber besteht dieselbe zwischen Recht und Macht oder Recht und Befugnifs.

[1] Sukows »Prophet« 1846, S. 232.

[2] Vgl. insbesondere S. 67: „Persönlichkeit ist die Fähigkeit, rechtsfähig zu werden, also die Fähigkeit zur Rechtsfähigkeit.“

wohl aber das logisch nothwendige Substrat desselben. Dort, wo dieses fehlt, kann die Rechtsordnung keine Rechtsfähigkeit begründen: denn das hieſse logisch Unmögliches wirklich machen;[1] ebenso gewiſs wird aber ein vorhandener Wille durch die Anerkennung der Rechtsordnung, und nur durch diese,[2] ein rechtlicher Wille und damit Rechtssubject oder Person: denn beides ist identisch,[3] nur bezeichnet man mit *persona* nicht bloſs den wirklichen

---

[1] Bolze, Begr. der jur. Person, 42: „Wenn einmal irgend ein positives Recht den Jagdhunden und englischen Stuten, mit welchen von anderer Seite her exemplificirt ist, in der That Eigenthum zuschreibt, oder doch Eigenthum für dieselben gewähren wollte, so würden doch noch keine Rechte dieser Thiere entstehen, wenn schon sich vielleicht ein Zustand herstellen lieſse, welcher Rechten ähnlich sieht."

[2] So vor Zitelmann schon Huller (die jur. Persönlichkeit der kath. Domcapitel in Deutschl. 1860, S. 5): „wie denn auch der einzelne Mensch, ob er gleich alle Bedingungen der Persönlichkeit in sich vereinigt, doch nur erst dann wirklich Person ist, wenn er durch das Recht als solche anerkannt wird." Vgl. auch Warnkönig, Rechtsphilosophie III. c. 1, nr. 129, ferner Archiv 15, S. 150.

[3] Bolze, der Begriff der jur. Person, Vorwort III., legt dagegen den populären Personenbegriff zu Grunde, wenn er von einer „unpersönlichen Person" spricht. Desgleichen Windscheid (Pand. § 49, N. 6). Auch Zitelmann nennt schon das naturale Substrat, welches er als „reale Qualität" bezeichnet (66), „Persönlichkeit": „Jene Qualität nun, an welche überhaupt erst durch das positive Recht die objective Rechtsfähigkeit geknüpft werden kann, heiſst Persönlichkeit" (65). „Person ist ein Wesen durch sich selbst" (67). Dabei beruft er sich auf die Pandektenvorlesungen Wächters (§ 22a): „Durch Persönlichkeit bezeichnen wir diejenige Eigenschaft eines Wesens, vermöge deren es auf dem Rechtsgebiet als mögliches [und wirkliches?] Subject von Rechten anzuerkennen und zu beachten ist. Ein Ausfluſs dieser Persönlichkeit ist die Rechtsfähigkeit." Ob sich aber mit dieser durch das fragliche „wirkliches" und den Schluſssatz unklar gewordenen Definition die Zitelmann'sche Auffassung deckt, ist uns im hohen Grade zweifelhaft. Dagegen definirt Unger im Sinne von Zitelmann (Kritische Ueberschau VI. 158): „Rechtsfähigkeit ist die vom Recht anerkannte Persönlichkeit eines Wesens;" jedoch scheint folgende Definition Ungers: „Die Persönlichkeit ist die Fähigkeit, einen rechtlichen Willen zu haben" (ibid.) — eher im Sinne der rechtlichen Resultante der beiden Factoren, als in der Bedeutung des naturalen Substrats genommen zu sein. Auch die Definition Roths (Bayr. Civilr. I. 148): „Jedes lebende menschliche Wesen ist Person und als solche Rechtssubject" kann zu Irrungen führen. Persönlichkeit oder Person hat im gewöhnlichen Leben allerdings die Bedeutung von: Mensch; im Rechtsleben dagegen hat dieses Wort einen specifisch andern, durchaus juristischen

Rechtsträger, sondern auch die Fähigkeit, actueller Rechtsträger zu sein, also: Rechtsfähigkeit.

Welche Stellung nimmt nun die Rechtsordnung beim Existentwerden des Persönlichkeitscharakters ein? Stellen wir die Frage concreter: Woher leiten wir unsere Rechtsfähigkeit ab?

Diese Frage ist — wir können wohl sagen, von der herrschenden Jurisprudenz — im Sinne des staatlichen Ursprungs entschieden worden und hat in der Doctrin von der sog. Staatsomnipotenz ihren schärfsten Ausdruck gefunden. Auch speciell in unserer Frage begründet v. Poschinger, den wir sonst nicht zu den Anhängern der Staatsomnipotenz zählen, die derivative Natur der Rechtssubjectivität der Kirche mit dem irreführenden Satze, dafs „alle Rechtsfähigkeit im Staate einzig und allein von ihm ausgehe.“ [1] Zu den Gegnern dieser Theorie zählen insbesondere curialistische Schriftsteller, und wir müssen sagen, dafs die Opposition gegen

---

Sinn. *Persona*, ursprünglich die Maske, alsbald der Schauspieler selbst, heifst juristisch das, was im Rechtsleben eine Rolle spielt, Subject von Rechten sein kann, und weiter Rechtssubjectivität. Rechtsfähigkeit ist die Fähigkeit, wirkliche Rechte zu haben oder Träger actueller Rechte zu sein. Dafs *persona* auch in diesem letzteren Sinne gebraucht wird, zeigt die römischrechtliche Formel: „*habet personam in judicio standi*“ sowie die Definition: *personam non habentes* oder ἀπρόσωποι. Vgl. Nov. Theod. XVII. 1, § 2. Theoph. zu § 1 J. 2, 14, zu pr. J. 3, 17, zu § 3 J. 3, 29. — Windscheid, Pand. § 49, N. 5. Arndts, Pand. § 24, A. I. Zitelmann, 66. Also Persönlichkeit, Rechtsfähigkeit, Rechtssubjectivität sind gleichbedeutende Ausdrücke, und die von Zitelmann (67) getadelte Definition von Arndts (Pand. § 24): „Die Persönlichkeit besteht darin, dafs Jemand als Subject von Rechten anerkannt sei,“ hat daher unsern vollsten Beifall, wenn Arndts auch in der Anm. 2 des cit. § mit dem Satz: „Ohne Person kein Recht“ leider wieder zur Substratstheorie inclinirt. Unserer Ansicht sind, ohne sich freilich auf eine Controverse einzulassen, Falck, Handb. des Schlesw.-Holst. Privatr. IV. 9; Vering, Pand. § 62; Koch, Preufs. Privatr. I. 134; Evelt, preufs. Civilr. 1860, S. 34; Förster, Preufs. Privatr. IV. 372; Bluntschli, Völkerrecht, 3. Aufl., S. 67; Huller, die jur. Persönlichkeit der kath. Domcapitel, 1, 5; Wächter, Württemb. Privatr. II. 201; Siebenhaar, Sächs. Privatr. 50; Gierke, das deutsche Genossenschaftsrecht, III. 36. Diese Auffassung ist auch zum gesetzlichen Ausdruck gekommen im Preufs. A. L. R. I. 1, § 1: „Der Mensch wird, insofern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft geniefst, eine Person genannt.“

[1] S. 1.

die Lehre von dem staatlichen Ursprung der Rechtsfähigkeit eine zu einseitig destructive Thätigkeit entfaltet, zu oft ins Blinde polemisirt und zu wenig positive klare Resultate gezeitigt hat.

Der Terminus »Staat« scheint uns von vornherein unpassend gewählt, denn es ist die Rechtsordnung, die durch ihr Anerkenntnifs den Willen zum rechtlichen und damit zum Rechtssubject macht. Von hier aus gestaltet sich dann die Frage so: Ist der Ursprung der Rechtsfähigkeit in der Rechtsordnung oder in dem menschlichen Willen zu suchen?

Da, wie gezeigt, die Rechtsfähigkeit bei dem Mangel auch nur eines der beiden begriffconstituirenden Factoren undenkbar ist, so scheint eine einseitige Beantwortung der gestellten Frage gänzlich ausgeschlossen zu sein. Kann man uns denn auch sagen, ob das Kind seine Existenz dem Vater oder der Mutter verdankt? Es liegt vielleicht nahe, den Willen als den Grund und die Rechtsordnung als die Ursache der Rechtsfähigkeit anzusehen. Indessen zeigt sich, dafs diese Reflexionen nur den Schein der Evidenz haben, und dafs es möglich ist, die Ursprungsfrage im exclusiven Sinne zu entscheiden.

Im Mittelpunkte des Rechtslebens steht der Wille. Dieser bethätigt sich nach inneren Gesetzen im schöpferischen Triebe. Dafs ich z. B. das Eigenthum mit einer bestimmten Befugnifssphäre habe, leite ich nicht von der Rechtsordnung, sondern von meiner eigenen Souveränetät her. Die verschiedenen Befugnisse sind kein Attribut staatlicher Macht, sondern das selbsteigene Machtgebiet der Freiheit.

Die Rechtsordnung verleiht überhaupt keine Befugnisse, diese haben wir vielmehr kraft unserer physischen Persönlichkeit, welcher die Erde unterworfen ist.[1] Es giebt keine Befugnifs, die dem Menschen nicht grundsätzlich schon zustände. Diese als Attribut der Rechtsordnung ansehen kommt uns gerade so vor, wie wenn Gott durch Menschensatzung zum Eigenthümer gewisser Vermögens-

---

[1] Bolze, Begriff der jur. Person, 11: „Die leibliche und geistige Integrität bringt der Mensch mit in die Rechtsordnung, sie sind ihm von der Rechtsordnung nicht verliehen, vielmehr wird der Anspruch an die Rechtsordnung erhoben, dafs sie den Menschen, so wie er in die Rechtsordnung eintritt, mit den ihm von der Natur verliehenen Gaben schützt."

complexe erklärt wird. Die Rechtsordnung verleiht keine Befugnisse, sondern beschränkt sie vielmehr. Das Wesen des Rechts ist Bindung. Dem rastlos sich bethätigenden Willen wird durch die Rechtsordnung ein Halt zugerufen. Doch ist das nicht so zu verstehen, als wenn dem Menschen hierdurch bestimmte materielle Machtbefugnisse entzogen würden, die Rechtsordnung vollzieht nur die Einengung der Sphäre, innerhalb welcher der Wille sich wirksam zeigen kann, sie schafft dem Menschen ferner auch keine Willenssphäre, sondern schränkt das ureigene Terrain desselben nur ein. Wir sehen, die Rechtsordnung ist nichts weniger als die Quelle menschlicher Machtbefugnisse.

Die Rechtsordnung bindet: sie bindet mich, damit die anderen in der Freiheit ihrer Bewegungen durch mich nicht gestört werden; sie bewirkt auch, dafs die anderen mit gebundenem Willen meiner Freiheitssphäre gegenüberstehen. So ist das Recht Freiheit und Gebundenheit zu gleicher Zeit, ein Räthsel zwar, doch kein Widerspruch, und Kant definirt daher diejenige Handlung für recht, „die oder „nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jeder- „manns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen be- „stehen kann.“ [1]

---

[1] Einleitung in die Rechtslehre 13—E (Werke V., S. 29 ff.). Hiermit soll selbstverständlich nichts über den schöpferischen Urgrund der Rechtsidee entschieden werden. „Urquell und Norm“ des Gerechten ist allerdings Gott — das haben bereits Sokrates, Plato, Aristoteles und die Stoiker erkannt — und insofern kann die „Cardinalfrage der hellenischen Dikaeologie,“ ob das *δίκαιον τῇ φύσει* oder *τῷ νόμῳ* sei (vgl. Hildebrand, Geschichte und System der Rechts- und Staatsphilosophie I. 47 ff., 70 ff., 502 ff., 518 ff., Gierke, das deutsche Genossenschaftsrecht III. 9 ff.), im Sinne der ersten Alternative entschieden werden. Hiernach geht das Recht zurück auf Gott, und der Inhalt eines Gesetzes wird nicht dadurch Recht, weil der Gesetzgeber es will, sondern dieser will es, weil es ihm als Recht erscheint. Wie man aber die Abstammung des Kindes von seinen Eltern deswegen nicht leugnen wird, weil Gott der Ursprung aller Dinge ist, so hat man auch beim Recht neben der *causa remota* noch eine *causa proxima* anzunehmen, und insofern ist das Gesetzesrecht das Resultat der freien Bethätigung des Volksgeistes, es beruht auf Menschensatzung und verpflichtet im Gegensatz zur Rechtsidee, welche sich als moralische Forderung nur an den inneren Menschen wendet, ausschliefslich den äufseren Menschen, wie es ja überhaupt nur eine Harmonie der äufseren Lebensverhältnisse herstellen will. Es ist mit dem Recht wie mit der Sprache, wo dieselbe Controverse besteht:

Die Rechtsordnung, das objective Recht, ist das natürliche Erzeugnifs des in jeder staatlichen Vereinigung wirksamen Gesammtwillens. Dieser erklärt nach dem Recht des Stärkeren: Diese und jene Willensobjectivirungen werde ich neben dem meinigen nicht dulden. Eine solche Einengung der menschlichen Befugnifssphäre ist allerdings ein extensiver Verlust, zugleich aber auch eine intensive Stärkung, nicht primär, aber doch folgeweise. Dadurch, dafs ein anderer in seinen Beziehungen zu mir eingeschränkt ist, bin ich nämlich geschützt; dadurch, dafs die mir entgegenstehende Willensobjectivirung eines Fremden negirt wird, wird die meinige respectirt und anerkannt. Wir stimmen daher der Ihering'schen Unterscheidung des »substantiellen« und des »formalen« Moments bei. Dasselbe will die allerdings nicht sehr glücklich gewählte Definition sagen: „Rechte sind rechtlich geschützte Interessen", „Recht ist die rechtliche Sicherheit des Genusses."[1] Wir haben durch unsere nothwendige Stellung in der Rechtsordnung ein grofses, willkürliches, aber auch nur durch uns selbst geschütztes Terrain eingetauscht gegen eine begrenzte, aber vortheilhaftere Machtsphäre. Die so geschützte Macht ist Recht, und der Träger dieses Rechts heifst Rechtssubject.

Das subjective Recht ist ebensowenig ein in einer selbständigen Form Existirendes, eine Substanz, als das biblische Nichts, aus welchem Gott die Welt erschaffen hat, oder die Tugend, das Laster, die Krankheit. In diesem Sinne giebt es keine Rechte, sondern nur berechtigte Menschen. Es ist vor Allem das Verdienst Schlofsmanns und Bolzes, diesen Gedanken wieder fruchtbar gemacht zu haben, wenn wir auch den im weiteren gewonnenen Resultaten derselben in der Hauptsache nicht zustimmen können. Durch das Eigenthums**recht** wird unsere Macht nicht erst begründet oder auch nur erweitert; das Recht erscheint vielmehr als ein Attribut oder eine Qualification gegenüber den anderen, als eine

---

diese ist ein *in potentia* angeborenes Gut, aber *in effectu* die freie Bethätigung des menschlichen Willens: so liegt der Urgrund des Rechts allerdings in Gott, der eigentliche Gestalter aber ist der Volkswille, und hier ist der Sitz seiner äufserlich verpflichtenden Natur.

[1] Geist des röm. Rechts III. § 60, 61.

Determinirung der ethischen Persönlichkeit, als Stärkung und Schwächung unserer Macht zu gleicher Zeit.

Die Quelle der Rechtssubjectivität zu bestimmen, ist somit leicht. Vor Allem ergiebt sich nach dem Gesagten die völlige Ungereimtheit der Lehre von der Staatsomnipotenz in jeglicher Form: Der Staat erschafft weder die Machtbefugnisse, noch die Machtsphäre. Brinz sagt sehr treffend: „Können wir uns gleich keine „Privatrechte denken, die vom Staat und seinen Gesetzen nicht „anerkannt und garantirt wären, so folgt daraus doch nicht, dafs „sie von ihm auch geschaffen und verliehen sind; sind sie nicht „ohne ihn, so sind sie deswegen nicht auch schon durch ihn. Das „Privatrecht objectiven Sinnes ist denn auch weiterhin nichts anders „als der jeweilige präsumtive Wille der Parteien selbst.“[1] Aber auch die Gegner dieser Theorie stehen dem Kern noch fern. Wenn z. B. Hirschel die Auffassung derselben dahin zusammenfafst, der »Staat« sei nicht der »Begründer«, sondern »**nur** der Schützer, Förderer und Vervollkommener alles Rechtes und aller Rechtspersönlichkeit«,[2] so ist das durch das »nur« nicht blofs einseitig und unrichtig, sondern es ist hier gerade die Hauptsache vergessen: Die Rechtsordnung »begründet« freilich die Machtsphäre des Menschen nicht, aber sie grenzt sie in willkürlicher Weise ab, sie schafft nicht die Substanz, aber sie determinirt sie.

Wir kommen somit zu dem Resultat: Die Quelle der rechtlichen Befugnisse ist nicht die Rechtsordnung, sondern der menschliche Wille. Die Rechtsordnung verleiht keine Macht, sondern erklärt nur, sie respectiren und schützen zu wollen, sie ist nicht Quelle der Substanz, sondern der Wirksamkeit dieser Macht.

Aber auch in letzter Beziehung ist die Bethätigung der Rechtsordnung keine völlig freie und willkürliche. Dafs nämlich die Rechtsordnung jeden Menschen durch Anerkennung seiner Rechtsfähigkeit schütze, ist strengste Forderung. Und wenn Zitelmann hervorhebt: „das positive Recht hat aber dieser Forderung nicht

---

[1] Pandekten (2. Aufl.) I. 134 f. Ferner die Denkschrift des Freiburger Capitel-Vicariats (betr. Badisches Stiftungsgesetz 1869, S. 22): „Das Recht der Persönlichkeit, des daraus abfliefsenden Eigenthums, der vollen rechtlichen Herrschaft über das Vermögen hat seinen Grund durchaus nicht im Staate.“

[2] Archiv f. kath. K.-R. 34, S. 76.

immer gehorcht, indem z. B. das römische Recht dem Sklaven ... thatsächlich die Rechtsfähigkeit versagte,“ [1] so stehen ja allerdings die Quellenäufserungen von dem *homo sine capite* [2] Zitelmann zur Seite; aber als sie formulirt wurden, waren sie, wie sich insbesondere aus den Peculienrechten der Sklaven ergiebt, — durften die Staatssklaven nach Ulpian (XX. § 16) doch selbst über die Hälfte ihres Peculiums testiren — schon nicht mehr wahr [3] und es ist nicht aufser allem Zweifel, ob das Dogma von der totalen Rechtsunfähigkeit der römischen Sklaven überhaupt jemals bestand. Unser Zweifel gründet sich darauf, dafs der Sklave in den Rechtsquellen nicht selten *persona* genannt wird [4] und *naturales obligationes* erwerben konnte, die nach der Freilassung sogar den Charakter von *civiles obligationes* annehmen konnten. [5] Ferner halten wir es gegen die herrschende Ansicht, insbesondere gegen Brinz [6] und Windscheid [7] für unrichtig, die Rechtsfähigkeit auf die Willensobjectivirungen zu eigenem Nutzen zu beschränken, vielmehr gewinnen die den Herrn berechtigenden oder verpflichtenden Rechtshandlungen des Sklaven nur eine vernunftgemäfse Erklärung ihres Bestandes durch die Annahme der eigenen Rechtsfähigkeit des Sklaven. v. Savigny sieht in der Sklaverei eine »unfreiwillige Repräsentation des Herrn«; [8] eine solche macht aber doch die Möglichkeit zum Haben von Rechten, also die Rechtsfähigkeit zur nothwendigen Voraussetzung. Die Sklaverei ist nicht die Negirung, sondern,

---

[1] S. 65.

[2] Die Belege siehe bei Danz. Röm. Rechtsgesch. § 106 ff.

[3] Das bezeugt auch der Ausspruch des Modestinus l. 4 D. 4, 5: „*Hodie enim incipit statum habere*“ *(servus)*. Dieser Pandektenstelle geht freilich unmittelbar die Behauptung des Paulus voraus l. 3 ib.: „*Servile caput nullum ius habet; ideo nec minui potest.*“ Man sieht hier den Kampf der alten und der neuen Zeit.

[4] L. 86. § 2 D. *de leg.* I.; l. 215 D. 50, 16; l. 22 pr. D. 50, 17; l. 6, § 2 D. 7,1. Gaius I. § 120, 121, 123, 139.

[5] Vgl. darüber v. Savigny, System. II. 35 ff. und insbesondere die Beilage IV.: „Ueber die Wirksamkeit der von Röm. Sklaven contrahirten Obligationen,“ a. a. O. 418 ff.

[6] Pand., 2. Aufl., I. 175.

[7] Pand., 1875, I. 122 Anm.

[8] A. a. O. 32.

wie sie v. Savigny im Gegensatz zu seiner eigenen Anschauung[1] einmal nennt, eine bloſse »Einschränkung der Rechtsfähigkeit,«[2] sie ist eine *capitis deminutio*, nicht *abolitio*, und zwar eine *deminutio quoad libertatem*, wie der *arrogatus* eine *deminutio quoad familiam* oder der *peregrinus* eine Schmälerung *quoad civitatem* erfuhr. Unsere Wissenschaft scheint hierin noch zu sehr im Banne der alten *Terminologie* zu liegen, wenn sich die bessere Erkenntniſs mitunter auch durchringt. So meint Wächter[3] mit Berufung auf Savigny,[4] Puchta[5] und Böcking,[6] daſs bei den Sklaven die Rechtsfähigkeit »aufgehoben« war, fährt dann jedoch fort: „In-„dessen verfolgte auch das Römische Recht seinen Grundsatz, daſs „der Sklave rechtsunfähig und eigentlich Sache sei, nicht durch-„aus. Namentlich konnten Sklaven in Forderungsverhältnissen „stehen und durch ihre Handlungen sich verpflichten.“ Gierke spricht von einem »Ansatz zur Rechtssubjectivität.«[7] Wenn in der (l. 4 § 1 u. l. 5 § 1 D. 1,5 davon die Rede ist, daſs der Sklave im *„dominium“* stehe, so haben wir hier vielleicht das erste Anzeichen für eine mit diesem Worte verbundene öffentlich rechtliche Herrschaftsbedeutung. Daſs die dem Gesammtwillen zustehende Befugniſs der Abgrenzung der Einzelmachtsphäre jemals die Form der völligen Negirung dieser Machtsphäre annehme, ist freilich denkbar und hat eventuell gesetzliche, aber auch, falls sie nicht, wie die alte Friedlosigkeit, als Retorsionsmittel gegen Verbrechen auftritt, stets eine durchaus unsittliche Bedeutung. Wir halten daher mit Zitelmann die Anerkennung der Rechtsfähigkeit des Menschen durch die Rechtsordnung für eine Forderung nicht der »Logik«, wohl aber der »Ethik«[8].

---

[1] Vgl. z. B. a. a. O. 30: „Dem Sklaven wird eine allgemeine Rechtsunfähigkeit zugeschrieben.“ Auch auf S. 33 bezeichnet er den *status servi* als „Rechtlosigkeit“.

[2] S. 30.

[3] Württemb. Privatr., II. 202.

[4] System, II. 34 ff.

[5] Instit., II. 409 f.

[6] Instit., I. 200.

[7] III. 38³.

[8] S. 65. Vgl. auch Herrmann, über die Stellung der Religionsgemeinschaften im Staate, S. 27: „Die Persönlichkeit des Individuums, auf deren Achtung die

2. Die sog. juristischen Personen.

§ 8.

a. Literaturgeschichtliches.

Es ist Thatsache, dafs gewisse keinem physischen Subjecte zustehende Rechte so behandelt werden, als hätten sie ein Rechtssubject. Dieses nennt man allgemein mit einer »technischen Nothlüge«[1] juristische Person, und man unterscheidet *universitates bonorum* mit anstaltlicher oder stiftungsmäfsiger[2] und *universitates personarum* mit collegialischer oder corporativer Natur der Rechtsträgerschaft. Wir haben hier eine verwirrende Fülle sich widersprechender Versuche zur Erklärung und wissenschaftlichen Erfassung dieser Rechtsthatsache[3]. Dieses kennzeichnet genügend die Bedeutung und Schwierigkeit unseres Themas.

Respectirung der Privatrechte beruht, mufs der Staat als eine selbständige Macht behandeln, die er schützt, aber nicht als Staatsmaterial aufzehrt."

[1] Ihering, Geist des röm. Rechts, III. 1, S. 288.

[2] Nach ihrem juristischen Wesen sind Stiftung, Anstalt und Institut identische Begriffe. Nach der äufseren Erscheinungsweise unterscheiden sie sich dagegen dadurch, dafs die Anstalt oder das Institut durch eine für die Verwirklichung des Stiftungsgedankens geschaffene sichtbare Einrichtung auch ein äufserliches Dasein führt. Die Ansichten von Windscheid, § 57, S. 2 u. 3, Roth Bayr. Civilr. I. 206, Förster, Preufs. Privatr., 1. Aufl., IV. 397, Siebenhaar, Sächs. Privatr., 65 f. u. anderen halten wir für falsch, dagegen billigen wir die Auffassung von Bolze, jur. Person 187, wenn er auch S. 139 die Anwendbarkeit des Anstaltsbegriffs auf Staat und Kirche merkwürdigerweise bestreitet. Auch bei Dernburg, Preufs. Privatr., 4. Aufl., I. 116, Nr. 27 sind Stiftung und Anstalt juristisch gleich. »Stiftung« und »Fonds« werden gemeinhin identisch gebraucht. Stehen sie aber, wie z. B. in der preufsischen V.-U. v. J. 1850, Art. 15, nebeneinander (»Stiftungen und Fonds«), so haben wir unter den letzteren selbständige Rechtssubjecte, unter den ersteren dagegen, wie z. B. im preufsischen A. L. R. II. 6, § 73 f. 195, die durch einen fremden Rechtsträger beherrschten, aber ebenfalls einem dauernden, besonderen Zweck gewidmeten Güter oder auch den Act der Widmung zu verstehen. Im letzten Sinne erwähnt eine sächsische V.-O. vom 9. Juni 1835, § 105 (*Codex* des im Königr. Sachsen geltenden Kirchen- und Schulr., 2. Aufl., 477), der „von Stiftungen herrührenden Fonds".

[3] Förster (Preufs. Privatr., 1873), IV. 370: „Man kann mit Recht sagen, dafs die Theorie von den juristischen Personen jetzt zu den controversen-

Wir können uns in unseren Verhältnissen kein Recht ohne Subject denken. Nun begegnen wir aber der durch die Forderungen des Verkehrs bedingten Thatsache der Existenz von Rechtscomplexen, bei welchen ein wirkliches Subject nicht ersichtlich wird. Ueber diesen Conflict eines juristischen Princips und der wirklichen Thatsachen und Bedürfnisse sucht man in verschiedener Weise hinwegzukommen.

1. Die Einen versuchen den Ausgleich durch Fiction oder Personification: sie fingiren das fehlende Subject und geben so dem herrenlosen Vermögen einen rechtlichen, freilich nur künstlichen oder, wie andere wollen, einen erdichteten Träger. In der Lehre von den »juristischen Personen« tritt zum ersten Mal die fictio auf, wo die Glossatoren die Mehrheitsentscheidung und Repräsentation der Gesammtheit durch eine Versammlung als die gesetzliche Fiction einer Einheitsentscheidung begreifen, kraft welcher, was nicht Alle wollen, so angesehen werde, als hätten es Alle gewollt.[1] Die Einbürgerung des Namens Person[2] und die Ausprägung der Individualnatur der *universitas* wurde aber erst durch die Canonisten betrieben, und zwar war es Innocenz IV., der eigentliche Vater der Fictionstheorie, bei welchem es zum ersten Mal heifst: *„collegium in causa universitatis fingatur*

---

reichsten gehört, dafs auf diesem Gebiete des Privatrechts noch manches Problem liegt, mit dessen Lösung die Wissenschaft erst anfängt sich zu beschäftigen.“ Desgleichen zählt Stobbe, Handb. des deutsch. Privatr., 1871, I. 317, „die Theorie von den juristischen Personen zu den controversenreichsten“. Auch die letzte über den »Begriff der juristischen Person« geschriebene Monographie von Bolze klagt noch: „Seit unseren Studentenjahren sind wir in die spanischen Stiefel jener unzureichenden und widerspruchsvollen Begriffe hineingezwängt, welche uns nun die freie Bewegung nehmen.“ (Vorwort III.) Dem Erklärungsversuch von Bolze können wir aber auch nicht beistimmen (vgl. die spätere Ausführung).

[1] Gl. z. l. 160, § 1 D. 50, 17, *v. refertur: „ideo autem sic fingit haec lex, quia non possunt omnes consentire facile.“* Gl. z. l. 9, § 1 D. 4, 2, *v. collegium: „non totae, sed pars, sc. maior: quod perinde erit ac si tota.“* Vgl. hierüber auch die Ausführungen Gierkes, III. 219 ff.

[2] Die Justinianeische Gesetzgebung sprach hier immer nur von *personae vice,* und *persona* selbst war stets nur die physische Person. Deshalb sind aber auch die von Böhlau aus dieser Terminologie für seine Theorie gezogenen Folgerungen irrig.

una persona.“[1] Durantis[2] und Joh. Andreae[3] folgten dieser Formulirung, und seitdem ist die Fiction der Person ein juristisches Dogma.[4] Hier soll eine widerspenstige Thatsache durch ein juristisches Zwangsmittel der Rechtslogik wieder conform und das Recht davor bewahrt werden, durch die Anerkennung der Verletzung seiner Fundamentalsätze die gegen seinen Bestand gerichteten revolutionären Bewegungen selbst zu fördern. „Das Recht“, sagt Unger, „macht Fictionen, um nicht Bestimmungen aufzunehmen, welche im Widerspruch mit den Fundamentalsätzen des Rechts wären und als undisciplinirte Anomalien dastünden; zu diesem Behufe beugt das Recht die Thatsachen unter seine Regel, statt sich vor der Herrschaft der Thatsachen zu beugen.“[5] Diese sogen. Fictions- oder Personificationstheorie[6] herrschte bis zu den dreifsiger Jahren ausschliefslich; sie wird insbesondere von Savigny,[7] Puchta,[8] Arndts,[9] Unger,[10] Rösler,[11] Windscheid,[12] Wächter,[13] Roth,[14] Stobbe,[15] Gerber,[16] Laband,[17] Schmidt,[18] Siebenhaar,[19] Pfeifer,[20] Gierke[21]

[1] *Commentar. ad c.* 57, X. 2, 20.

[2] *Speculum judiciale* I. 3.

[3] Novell. in Decret. c. 16 in VI⁰. 3, 4, Nr. 4.

[4] Ueber die ganze Frage vgl. Gierke III. 277—285. Die Lehre der Legisten daselbst, S. 362 ff.

[5] Krit. Ueberschau, VI. 166.

[6] Eine eigenthümliche Färbung hat der Ausdruck »Personification« bei Koch (Preufs. Privatr., 1845, I. 156): „von der Staatsgewalt personificirt, d. h. als juristische Person anerkannt.“

[7] System, § 87.

[8] Vorlesungen, 56, kl. civil. Schriften, 499.

[9] Krit. Vierteljahrsschr., 96—98, Pand., § 41.

[10] Krit. Ueberschau, VI. 168 f.

[11] Goldschmidts Ztschr. f. Handelsr., IV. 282 ff.

[12] Pand., I. § 49, § 57 ff.

[13] Württemb. Privatr., II. 202 f.

[14] Jahrb. f. Dogm., I. 200 ff. Bayr. Civilr., I. 147, 205 ff.

[15] Deutsch. Privatr., I. 316 ff.

[16] Ztschr. f. Civilr. u. Proc., N. F. 12, S. 195, deutsch. Privatr., § 49.

[17] Goldschmidts Ztschr. für Handelsr., VII. 184.

[18] Sächs. Privatr., I. 67 ff.

[19] Sächs. Privatr., 60.

[20] Juristische Personen, § 1 ff.

[21] Deutsches Genossenschaftsrecht, III. 106 u. vorher u. 131 ff.

u. A. geistreich entwickelt und dominirt jetzt noch auf den Kathedern, in Monographien, Lehr- und Handbüchern.

2. Zitelmann führt als Argumentationsprincipien der Personificationstheorie folgende Sätze an:

„1. Kein Recht ohne Subject.

2. Subject der Rechte ist nur der Mensch.“ [1]

Wir müssen nun gestehen, dafs wir bei den Fictionstheoretikern den Satz 2 in dieser bestimmten Formulirung wirklich fanden, [2] viel öfter aber bildet er nur die unbewufste Grundlage. Thatsächlich bedarf es ja auch einer neuen Fiction, um von der nichtphysischen Subjectivität aus zur Rechtsthatsache eines physischen Trägers zu gelangen, das Fingiren würde also kein Ende nehmen. Stobbe mifst der Fiction in Wirklichkeit eine solche Bedeutung ausdrücklich bei: „Es wird so angesehen, wie wenn eine physische Person das Subject der Rechtsverhältnisse wäre.“ [3] Auch Böhlau legt obige Sätze seinen Darstellungen wiederum ausdrücklich zu Grunde [4] und findet dann selbstverständlich, dafs die Personifi-

---

[1] S. 14.

[2] Savigny, System II. 2: „Jeder einzelne Mensch, und nur der einzelne Mensch, ist rechtsfähig.“ Ebenso S. 236. Auch Evelt, das preufs. Civilr., 1860, S. 39 bezeichnet es als „allgemeinen Grundsatz, dafs nur Menschen Rechte haben.“ Ferner Jacobson-Mejer in Herzogs Realencyclop., VII. 743. So stellt nach Bolze (46) auch Sachs den Satz auf: „Kein Recht ohne Subject, und zwar ohne menschliches Subject.“ Bei Savigny, Mühlenbruch, Bd. 39, § 1438, und Koch Preufs. Privatr., 1845, I. erscheint freilich diese Frage nicht so sehr als eine dogmatische, denn als eine entwicklungsgeschichtliche: „Ursprünglich fällt dieser Begriff mit dem eines einzelnen Menschen zusammen.“ Aber auch diese Auffassung ist von Gierke (II. 25 ff.) als irrig nachgewiesen. Denn entweder ist hier ein philosophisches oder historisches Grundprincip bezeichnet. Rechtsphilosophisch nun ist der Satz von der Beschränkung der Rechtsfähigkeit auf den einzelnen physischen Menschen unbegründet und nirgends bewiesen, sondern stets nur behauptet worden. Historisch betrachtet, fängt die Geschichte der Völker nicht mit Individual-, sondern Volksrechten an; insbesondere besitzt weder der Grieche noch der Römer anfangs ein Menschheitsrecht, sondern vollständig aufgegangen im staatlichen Organismus hat er nur in und von diesem eine eigene Rechtssphäre.

[3] Deutsches Privatr. I. 316.

[4] Rechtssubject und Personenrolle, 1871, S. 4, Nr. 1 u. S. 6; ferner S. 6, Nr. 2 u. S. 9.

cationstheorie dem Princip, dafs nur der Mensch Rechtssubject sein kann, nicht genügt.[1] Des Weiteren bestreitet er auch im Anschlufs an Randa,[2] dafs die Fiction überhaupt ein wirkliches Subject begründe.[3] Die Fiction schaffe weder physische noch überhaupt wirkliche Rechtsfähigkeit, sie besage vielmehr nur, dafs es mit bestimmten Vermögenscomplexen so gehalten werden solle, als ob sie einem physischen Rechtssubject gehörten. Dieser Träger ist nichts Reales, ist nichts zur Person Umfingirtes, sondern spielt nur eine fremde, d. h. eine Personenrolle.[4] Das Vermögen ist und bleibt herrenlos, es wird aber kraft Fiction so behandelt, als hätte es einen Herrn: es erhält keine Persönlichkeit, wohl aber eine Personenrolle. Im Gegensatz zur Personificationstheorie, welche ein wirkliches Rechtssubject, eine wirkliche Person zu schaffen vermeint, oder sich wenigstens in der märchenhaften Illusion wiegt, es sei eine Person vorhanden, kann man die Randa-Böhlau'sche Auffassung als die Theorie der Personenrolle bezeichnen.

3. Eine dritte Richtung erklärt den oben entwickelten Gegensatz zwischen Rechtslogik und Thatsache für einen scheinbaren: hiernach ist bei den sogen. juristischen Personen von Hause aus ein wirkliches, reales Rechtssubject vorhanden; dafs dieses aber keine physische Person sei, ist damit von vornherein zugegeben, und daher wird hier mit besonderem Nachdruck der Satz bestritten, dafs Subject von Rechten nur der Mensch sei. Nur Ihering bricht hierfür noch eine Lanze[5] und findet in Consequenz der Auffassung, dafs Rechtssubject derjenige sei, welcher den Genufs eines Rechtes habe,[6] in den Corporationsmitgliedern und

---

[1] S. 21 u. 9.

[2] Siebenhaars Archiv, XV. (1866) S. 7.

[3] S. 16 u. 22.

[4] Rechtssubject u. Personenrolle, 17. Mecklenburg. Landr., II. 430 ff., III. 1 ff.

[5] Geist des röm. Rechts, III. 1, S. 331.

[6] S. 328. Das ist im wesentlichen schon die Auffassung von Filliuci, *de statu clericorum tract. 44 c. 3 § 1, Nr. 1: „Is in cuius usum vel cultum aliquid absolute attribuitur et destinatur, eo ipso dominus illius est.“* Hierher gehört auch Fr. v. Sybel (das altkath. Bisthum, 19): „Denn wer den dauernden Besitz und Genufs einer Sache für sich hat, steht dem Eigenthümer thatsächlich gleich.“ Damit beweist er denn, dafs nach Art. 15 der preufsischen V.-U. die Religions-

Stiftungsinteressenten, also in den Destinatären, die wirklichen und physischen Rechtsträger.[1] In dem Ihering'schen Gedankenkreis bewegt sich der Hauptsache nach auch Bekker,[2] der die Rechtsträgerqualität von dem Genufsrecht und dem Recht der Verfügungsverleihung abhängig macht, aber bei der Collision dieser Rechte sich nicht mit Sicherheit für das eine oder das andere zu entscheiden vermag.[3] Uebrigens bestritt er bereits in seiner 1857 erschienenen Untersuchung über die Geldpapiere die Annahme, dafs nur Menschen und nicht auch Sachen Träger von Rechten sein könnten.[4] Auch Bolze steht im Grunde auf dem Standpunkt der Realitätstheorie,[5] und der Widerspruch, welchen er derselben S. 87 entgegensetzt, erklärt sich nur dadurch, dafs er diese Realität nicht als eine selbständige Person begreift. Dadurch kommt er aber zum Resultat der später zu besprechenden Zweckvermögenstheorie, was sich insbesondere bei seiner Auffassung von der Stiftung[6] deutlich zeigt. Zur Annahme der Subjectsrealität drängten zumeist staatsrechtliche Ueberlegungen, so insbesondere bei Beseler, welcher dem Staate organisches Leben beilegte und hervorhob, dafs der Staat die Persönlichkeit doch gewifs nirgends woher (durch Fiction) habe bekommen können.[7] Beseler war überhaupt der erste, welcher die Lehre von der Realität der sogen. juristischen Personen oder dem wirklichen Personencharakter —

---

gesellschaften „Eigenthümer der ihren Zwecken dienenden Stiftungen, Anstalten und Fonds" sind.

[1] S. 331. 333 f.; ferner I. 176 ff. 183 ff. II. 366 ff. III. 216 ff., 299, 325, 341.

[2] Jahrb. f. Dogmatik, XII. 10, 14, 15. In der 1872 erschienenen Schrift: »Zur Lehre vom Rechtssubject« fufst er ganz auf Ihering und Brinz und beweist, wie Zitelmann treffend sagt: „Brinz'sche Behauptungen mit Ihering'schen Sätzen." S. 45.

[3] S. 127.

[4] Bekkers und Muthers Jahrb., I 298 ff. Bekker mufste zu diesem Resultate kommen, weil er das Wesen des Rechtes als Ausflufs des Willens ausdrücklich bestreitet. Vgl. S. 299 u. später in Jahrb. f. Dogm., XII. 9.

[5] Der Begriff der jur. Personen, 1879, S. 80 ff. 89 ff. 122 f.

[6] S. 185—197.

[7] Volksrecht u. Juristenrecht, 1843, S. 173. System des deutschen Privatr., 1847, S. 236.

wir wollen sie deshalb die Realitäts- oder Personentheorie nennen — vertrat.[1] Ihm folgte alsbald Bluntschli,[2] welcher dem Staat einen »organischen, innerlich lebendigen Körper«, sowie einen »eigenen Willen« (Volkswillen, Staatswillen[3]) beilegt und diese Theorie ohne Weiteres auf die sogen. juristischen Personen angewandt haben will.[4] Dafs eine derartige Construction, wenn auch auf die Corporationen anwendbar, so doch bei den Stiftungen erhebliche Schwierigkeiten mache, wurde zuerst von Kuntze bemerkt. Dieser schlofs daher zwischen der Personifications- und Realitätstheorie in der Weise einen Compromifs, dafs er die *universitates personarum* als wirkliche Realitäten und die *universitates bonorum* als fingirte Personen erklärte.[5] Wie weit übrigens auch bei Corporationen die Realität wirklich festgehalten wurde, ersieht man deutlich bei Salkowski, nach welchem sich das Rechtssubject derselben offenbart als „die Gesammtheit aller jeweiligen Mitglieder als collective Einheit gedacht.“[6] Der Realitätstheorie entspricht aber gewifs keine gedachte, sondern nur eine wirkliche Einheitsbasis. Mit besonderem Nachdruck und Consequenz sind neuestens für die Personentheorie eingetreten: Zitelmann[7] und Förster.[8]

4. Die vierte Lösung ist die radicalste. Die nur von der Realitätstheorie geleugnete, sonst allüberall dagegen zugegebene Friction zwischen dem juristischen Princip und der wirklichen Thatsache suchten die Fictionstheoretiker durch Mediciniren an den Thatsachen zu beseitigen. Sie spritzten denselben so lange juristische

---

[1] Die Lehre von den Erbverträgen, Bd. I. 1835.

[2] Deutsches Privatr., I. 110; krit. Vierteljahrschr., I. 321 ff. 481 ff.

[3] Krit. Vierteljahrschr., I. 496, 497, 499. Baron die Gesammtrechtsverhältnisse im röm. Recht, 12 ff. nennt die jurist. Person sogar ein „Wesen mit natürlichem Körper und natürlichem Willen.“

[4] Deutsches Privatr. I. 110. Ihm folgte Baron, die Gesammtrechtsverhältnisse im röm. R., § 1. Von Bluntschlis Einflufs ist dagegen in Barons Pandekten, in welchen die Personificationstheorie vertreten ist, nichts mehr ersichtlich (1872), § 17 u. 29. Vgl. Zitelmann, 58.

[5] Heidelb. kritische Zeitschr., V. 361 (1859).

[6] Bemerkungen zur Lehre von den jur. Personen, 1863, S. 4. Gegen ihn Zitelmann, S. 59.

[7] A. a. O.

[8] Preufs. Privatr., 1871, IV. 372—376.

Essenzen ein, bis sie eine passende Couleur bekamen. Dem gegenüber versuchten sich nun andere Kräfte an dem zweiten Frictionspunkt: man erklärte das sogen. juristische Princip als einen Irrthum, betonte die Möglichkeit und Wirklichkeit subjectloser Rechte, und so war ein Gegensatz zwischen Rechtsgedanke und Thatsache nicht mehr vorhanden. Der Satz: kein Recht ohne Subject, wurde, wie Zitelmann darlegt,[1] zuerst von Windscheid angegriffen (1853, 1856, 1859,)[2] dann folgten Köppen (1856),[3] Bekker (1857),[4] Brinz mit seiner Construction des Zweckvermögens (1857),[5] der dann in Demelius (1861),[6] Dietzel (1859),[7] Fitting (1859),[8] Bekker (1861 und 1872)[9] und Hellmann (1874)[10] energische Anhänger fand, während Arndts,[11] Bruns,[12] Unger[13] und Eccius[14] nur »andeutungsweise« die Möglichkeit subjectloser Rechte anerkannten. Für das Gebiet des französischen Rechts hat sich im Brinz'schen Sinne insbesondere Laurent ausgesprochen.[15]

Die Nothwendigkeit der Umbildung des Rechtsgedankens drückt am bestimmtesten und klarsten Demelius aus: „Als „wenn das Recht, die Macht des nationalen Geistes und Verkehrs„lebens, indem es neue Lebensnormen producirt, nach den Begriffen „und Sätzen fragte, welche seine Diener zu ihrer Bequemlichkeit „sich abstrahirt haben, und welche im besten Falle Anspruch

---

[1] S. 27. Vgl. auch Windscheid, Pand. 1875 I. 123, N. 3.

[2] Krit. Ueberschau I., S. 181 ff. Die *actio* des röm. Civilr.. S. 238 ff. Krit. Ueberschau VI., S. 219 ff. Pand. § 49, 57.

[3] Die Erbschaft, 9 ff. 164.

[4] Bekkers und Muthers Jahrb. I. 296 ff.

[5] Pand. I., S. 11 (1. Aufl.) I. 202 ff. (2. Aufl.)

[6] Jahrb. für Dogmatik IV., 113 ff.

[7] Die Besteuerung der Actiengesellschaften in Verbindung mit der Gemeindebesteuerung. (Nach der Recension Fittings.)

[8] Krit. Vierteljahrschr. VI. 583 ff.

[9] Goldschmidts Ztschr. d. gesammte Handelsr. IV. 499 ff. Iherings und Ungers Jahrb. für Dogmatik XII. 1 ff.

[10] Das gemeine Erbrecht der Religiosen, S. 87.

[11] Krit. Vierteljahrschr. I. 98.

[12] Holtzendorffs Encyclop. I. 270 (2. Ausg., S. 338).

[13] Erbrecht 28.

[14] Försters Preufs. Privatr., 4. Aufl. IV., S. 756.

[15] *Principes de droit civil,* I. 370.

haben, so lange als richtig zu gelten, als das Material sich nicht ändert, aus dem sie abstrahirt sind."[1] So verschieden die Theorie von den subjectlosen Rechten und die Personificationstheorie beim ersten Anblicke erscheinen mögen, so stehen sie sich doch ziemlich nahe. Das zeigt am deutlichsten die Auffassung Windscheids: „Subjectlose Rechte giebt es thatsächlich; es „widerstrebt aber der menschlichen Natur, sich Rechte ohne ein „Subject zu denken. Deshalb fingirt man sich eine Person, mit „welcher man in Gedanken die Trägerschaft verknüpft, die die„selbe aber in Wirklichkeit nicht hat."[2] Wir sehen: der Streit dreht sich um die Cardinalfrage, ob die Fiction eine Wirklichkeit macht oder nur vorspiegelt, ob die Fiction als künstliche Erschaffung oder als blofse Annahme eines Subjects zu begreifen ist. Im Sinn der ersten Alternative entschieden sich viele Neuere, insbesondere Puchta[3] und Rösler,[4] während die mittelalterlichen Canonisten und die Legisten fast ausschliefslich der zweiten Alternative zuneigten,[5] letzteres unter dem Drucke des Nominalismus, welcher bei sämmtlichen Allgemeinbegriffen immer nur einen sprachlichen Ausdruck, nicht aber eine thatsächliche Existenz annahm *(universalia non sunt aliquid reale).* So wurde auch hier die juristische Person ein blofses *„nomen iuris"*.[6] Bartolus[7] war, soweit wir sehen, der erste, welcher die Theorie anbahnt, dafs die Fiction juristische Wahrheit sei: *„fictum positum pro vero, sicut ponimus nos iuristae."* Deshalb nahm er denn auch Delicte dieser Personen an. Im übrigen zeigt sich in den Theorien der subjectlosen Rechte eine grofse Mannig-

---

[1] Jahrb. f. Dogmatik, IV. 116.

[2] Vgl. S. 53, N. 2. Insbesondere steht er auch in der 4. Auflage seiner Pandekten v. J. 1875 auf dem Fictionsstandpunkt, giebt aber S. 125, N. 5, ausdrücklich zu, „dafs die Wirklichkeit dadurch nicht zu einer andern gemacht wird, dafs sie als eine andere vorgestellt wird." Diesen Standpunkt theilen alle diejenigen, welche mit den mittelalterlichen Canonisten und Juristen in der juristischen Person nur ein *„nomen iuris"*, eine Einbildung, aber keine untergeschobene wirkliche Trägerschaft erblicken.

[3] Vorlesungen 56. Kleine civ. Schriften 499.

[4] Goldschmidts Zeitschr. für Handelsrecht, IV. 282 ff.

[5] Vgl. darüber Gierke, III. 280 ff. u. 362 ff.

[6] Vgl. hierüber Gierke, III. 281 u. 426 ff.

[7] Zu l. 16, § 10 D. 48, 19, N. 2—4.

faltigkeit, weil sich fast Jeder einen andern Ausgangspunkt wählt. Manche setzen die Subjectlosigkeit gewisser Rechte als eine bekannte, oft sogar selbstverständliche rechtliche Thatsache voraus. Brinz dagegen, der genialste Vertheidiger dieser Theorie, stellt folgenden Satz an die Spitze: „Das Eigenthum mit Allem, was „darauf und daran ist *(res, iura in re)* und sein factisches Ebenbild „*(possessio)*, ferner die Obligatio, soweit sie eine Verpflichtung be„deutet, nebst der entsprechenden Forderung — sind ohne eine „Person, der sie zustehen oder obliegen, in Wahrheit so wenig „denkbar, als das Ich und das Mein, das Dürfen und das Können, „das Sollen und das Müssen.“ [1] Interessant ist auch das positive Ergebnifs dieser Ueberlegungen: die angeführten Rechte sind Theile des Personenvermögens und bestehen ihrem Wesen nach in einem *pertinere ad aliquem.* Neben diesem giebt es aber noch ein *pertinere ad aliquid*, das er Zweckvermögen nennt. Dieses dient keiner bestimmten Person, sondern wird durch den Zweck beherrscht: es kann nach seiner begrifflichen Natur keine *persona*, kein Rechtssubject haben, sonst wäre es Personen- und nicht Zweckvermögen. — Hiermit war aber eine verhängnifsvolle Bahn betreten, und das Beispiel Bekkers, der alsbald ein »abhängiges« und »unabhängiges Zweckvermögen« unterschied, zeigte, wohin man auf diesem Weg gelangen mufste. Was steht in der That im Weg, jegliches Vermögen als Zweckvermögen zu betrachten? Denn auch das Vermögen eines einzelnen Menschen dient Zwecken, [2] das dadurch genügend umgrenzt ist, dafs es nur Zwecken dieser Person dient. [3]

Obschon verschieden von diesen Auffassungen, gehört doch auch die Bolze'sche Theorie hierher. [4] Bolze ist ein entschiedener Gegner der Fictionstheorie, [5] und er steht ganz auf dem Brinz'schen

---

[1] Pandekten, S. 990.

[2] Böhlau, Rechtssubj. u. Personenrolle, 6 ff.; Zitelmann, S. 42.

[3] Windscheid, Pand. § 57, N. 10; Zitelmann, 42; Förster, Preufs. Privatr. (1875) IV. 374; Dernburg, Preufsisches Privatrecht (1871) I. 83, N. 2; Lasson, Princip und Zukunft des Völkerrechts 1871, S. 123; Stobbe, Deutsch. Privatrecht I. 335.

[4] Der Begriff der juristischen Person, 1879.

[5] S. 1, 9, 30, 54, 57, 193 u. a.

Standpunkt, wenn er meint: „Die juristische Person kann man getrost zu den Todten legen",[1] sie ist ihm ebenfalls eine »Vogelscheuche« und ein »Strohmann«,[2] ein »blofser Mechanismus« und ein »Figurant«,[3] eine »Rechnungsgröfse«,[4] eine »Krücke«.[5] Er verwirft auch die Randa-Böhlau'sche Personenrolle mit der Erklärung: „Dieser Vermittelung bedarf man gar nicht, wenn man, wie es von „mir versucht ist, den positiven Gehalt der entsprechenden Rechts-„vorschriften zur Darstellung bringt."[6] Er geht an dieser Stelle geradezu aus von der Annahme eines »thatsächlichen herrenlosen Vermögens«, freilich um S. 44 (wie nochmals S. 48) zu erklären: „Das herrenlose Vermögen führt nicht weiter als das subjectlose „Recht . . . So wenig es nun ein einzelnes Recht ohne Subject „geben kann, so wenig giebt es eine herrenlose Summe von „Rechten." Diese Widersprüche lösen sich dann darin auf, dafs er in consequenter Fortbildung der von Meister,[7] Bruns,[8] Ihering[9] und Salkowski[10] vertretenen realitätstheoretischen Auffassung als Rechtssubject der Corporation nicht eine der Personenvereinigung immanente und gleichbleibende Einheit, — sonst müfste er rückhaltlos zu den Realitätstheoretikern gezählt werden, mit welchen er sich S. 87 in Widerspruch setzt, — sondern »die Vielen in der Verbindung«, die »Gesammtheit«[11] oder die »Gesammtheit in der Verbindung«[12] auf-

---

[1] S. 197.

[2] S. 53 u. 9 (in Anlehnung an Brinz, Pand., Vorrede, S. XI.).

[3] S. 9 (in Anlehnung an Ihering, Geist des röm. R. III. 210).

[4] S. 53. — [5] S. 124. — [6] S. 56.

[7] Lehrb. des Naturrechts, § 438.

[8] Holtzendorffs Encyclop., I. 273.

[9] Geist des röm. Rechts, III. 1, S. 331, der Zweck im Recht, 148, 294 f., 351, 551.

[10] Bemerkungen zur Lehre von den jur. Personen, 4 f., 9.

[11] S. 94 f.

[12] S. 82 f., 88, 89, 92, 97, 101, 109, 183. Die Folgerung dieser Auffassung zieht er S. 182, wenn er meint, dafs das Vermögen den „derzeitigen Mitgliedern verbleibt, wenn (in der Auflösung) das vereinigende Band fällt." Inconsequent dagegen ist er, wenn er die so verbleibende Rechtsträgerschaft auf einmal unter dem fremdartigen Gesichtspunkt eines blofsen Interessenrechts begreift: „Es fällt ihnen zu (also nicht verbleibt) als den nächsten Interessenten."

fafst. „Das Räthsel wird gelöst, wenn man die Gesammtheit fafst als das, was sie ist, die Mitglieder in der bald schärfer angezogenen, bald laxeren Verbindung.“[1] Damit ist ihm dann auch die Controverse über das Verhältnifs von Corporation und Genossenschaft gelöst.[2] Er begreift das Recht der einzelnen Corporationsmitglieder auf Benutzung von Corporationssachen nicht als ein von der Corporation abgeleitetes, sondern als unmittelbares und eigenes Recht.[3] Aus der Menge der zur Illustration dieser Lehre gewählten Beispiele sei folgendes hervorgehoben: „In einem „Concert spielt jeder einzelne Musiker sein Instrument selbständig, „jeder einzelne spielt aber so, dafs eine Harmonie der zusammen„stimmenden Töne, ein sich fortbewegender Rhythmus, dafs ein „Kunstwerk zur Darstellung gelangt. Eine Schlacht wird zwar von „einem Feldherrn geleitet, der eine menschliche Geist kann aber „nicht bis in das Detail hinein das, was jede einzelne militärische „Abtheilung zu leisten hat, durchdringen. Von den Leitern der „grofsen militärischen Körper, von den Officieren, von dem ein„zelnen Soldaten wird erwartet, dafs jeder seine Schuldigkeit thue. „Wenn nun aber die Actionen grofser Heeresmassen in der Aus„führung des von vorn herein aufgestellten oder während der Aus„führung modificirten Planes zusammentreffen und so das erwartete, „von der obersten Leitung gewollte Resultat herbeiführen, so hat „das Heer in seiner Gesammtheit den Sieg errungen.“[4] Rechtssubject ist ihm somit nicht eine Einheit, sondern die die Sonderstellung jedes einzelnen wahrende wandelbare jeweilige Vielheit. Diese Auffassung will selbstverständlich nicht auf die Stiftung passen, und so operirt er hier, ohne es zu merken, ganz in der Anschauung der von ihm bekämpften Zweckvermögenstheorie. Er knüpft die mit der Stiftung verbundenen Rechte „an einen bestimmten Thatbestand“. Sie werden weder getragen von der Stiftung „denn die Stiftung kann keine Rechte haben, — Rechte

---

[1] S. 101. Aehnlich erscheint bei Pernice (M. A. Labeo. I. 263, 277 ff. 281, 289) die „jedesmalige Gesammtheit in ihrer Organisation“ als das Rechtssubject der Corporation.

[2] S. 100 f.

[3] S. 99, 100. — [4] S. 130 f.

können nur Menschen haben. Und die hier concurrirenden Menschen haben die Rechte nicht: weder diejenigen, denen die Stiftung zu gute kommt, denn soweit diese überhaupt Rechte haben, haben sie Rechte anderer Art, noch die Stiftungsverwalter, denen das Stiftungsvermögen nicht gehört.“ Er fühlt sich befriedigt in folgender Reflexion: „Die rechtlichen Wirkungen, welche eintreten, treten hier kraft gesetzlicher Verfügung ein. Das Gesetz schützt den dem Willen des Stifters entsprechenden thatsächlichen Zustand.“.[1] Genau besehen, heifst das Alles aber nur: In der Stiftung haben wir es mit subjectlosen Rechten zu thun, eine Auffassung, die Bolze, wie wir sehen, doch selbst bekämpft.

§ 9.

b. Kritik der Lehre von den juristischen Personen.

I. Die Theorie der subjectlosen Rechte ist falsch; sie ist, wie Eisele einmal treffend sagt: „eine *contradictio in adiecto.*“ [2] Wenn Demelius ausführt, dafs der Rechtsbegriff nur etwas aus den einzelnen Rechtsinstituten Abstrahirtes und daher Veränderliches sei, [3] so ist das allerdings gegen Zitelmann [4] als richtig zu erachten. Demelius irrt aber, wenn er meint, dafs es sich hier um die Formulirung des Rechtsbegriffs, oder überhaupt um etwas Juristisches handele. Der Satz: Kein wirkliches Recht ohne

---

[1] S. 192.

[2] Ueber das Rechtsverhältnifs der *res publicae in publico usu,* S. 23, N. 1.

[3] Jahrb. der Dogmatik, IV. 116.

[4] S. 29 f.: Zitelmann sieht in der Auffassung von Demelius „eine so entschiedene Verkennung der Natur des Rechtsbegriffs, wie nur möglich“ (29). Nach ihm ist der „Rechtsbegriff nicht etwa blofs ein aus den empirischen rechtlichen Erscheinungen abstrahirter, d. h. nichts blofs Formales, keine magere Zusammenfassung der in allen Rechtsinstituten gleichmäfsig vorhandenen Merkmale ..., sondern der Rechtsbegriff, richtiger die Rechtsidee, wird zur andern Hälfte bestimmt durch philosophische Principien“ (30). Zitelmanns Fehler liegt darin, dafs er auf einmal dem Begriff des „Rechts“ denjenigen der Rechtsidee supponirt, nicht blofs thatsächlich, sondern sogar ausdrücklich: „der Rechtsbegriff, oder richtiger die Rechtsidee.“ Dafs dies aber zwei wesentlich verschiedene Begriffe sind, haben wir S. 22 ff. gezeigt.

Subject, ist ebensowenig eine Rechtsfrage, als die Frage: Giebt es ein wirkliches Fliefsen ohne ein Fliefsendes, eine naturwissenschaftliche Frage ist; er ist also nicht blofs »zur andern Hälfte«,[1] sondern ganz ausschliefslich philosophischer Natur. Recht ist seiner Substanz nach Macht. Macht gelangt aber nur zur wirklichen Existenz in einem Träger. Dieser Wahrheit will Köppen dadurch ausweichen, dafs er diese Macht nicht als eine »factische, sondern nur ideelle«[2] erklärt; nur die erstere existire ausschliefslich in und mit dem Subject. Die ideelle aber »durch die Continuität der juristischen Thatsachen.“ Darauf erwidert jedoch Zitelmann ebenso richtig als kurz: „Herrschaft ist Herrschaft, und setzt ein Herrschendes voraus, gleichviel, ob sie ideelle oder factische Herrschaft ist.“[3] Es ist ein Fundamentalsatz der Logik, dafs das Werden, Sein u. s. w. nur so gedacht werden kann, und dafs es auch nur so aus unserer Gedankenwelt heraus Erscheinung und Wesen gewinnt, dafs etwas wird oder ist. So ist es auch nicht blofs eine Denknothwendigkeit, eine apriorische Kategorie, dafs das Recht einen Rechtsträger hat, sondern das Recht gewinnt überhaupt dadurch nur Wirklichkeit. Es giebt kein wirkliches Recht ohne Rechtssubject. Das dürften wir aus dem grofsen mittelalterlichen Streite des Nominalismus und Realismus heute doch endlich gelernt haben. Der Baum existirt wirklich, aber nicht als rein logischer Begriff (d. h. nur als Baum), sondern immer in einer besonderen wirklichen Erscheinung, als Apfelbaum u. s. w. Wenn das objective Recht ferner, wie wir sahen, ein Verhältnifs zwischen Personen ist und die Beziehungen dieser zu einander ordnet, so giebt es wiederum kein Recht ohne einen Träger. Recht ist Wollendürfen. Nach dem Gesagten kann dieses nur Realität gewinnen in einem, der wollen darf. So wenig es ein Schwer giebt, das nicht irgend einem Dinge als Qualität zukommt, so wenig giebt es ein Dürfen, das nicht einem Subjecte gehört.[4] Die inhaltlose Kategorie des

---

[1] Zitelmann, 30, 31.

[2] Die Erbschaft, 11.

[3] S. 38.

[4] Unger, Krit. Ueberschau VI. 160; Zitelmann, 35. Auch Brinz spricht sich in diesem Sinne aus. Vgl. die oben S. 55 citirte Aeufserung.

Wollendürfen gewinnt erst Leben durch einen, der wollen darf. Dieses Wollendürfen ist übrigens nicht identisch mit Wollen. Das haben insbesondere Windscheid und Bekker übersehen, wenn sie den Einwand erheben, dafs doch auch Kinder und Wahnsinnige trotz ihrer Willensunfähigkeit als Rechtssubjecte betrachtet würden.[1] Das Wollendürfen ist »eine rein passive Qualität« und hat nicht die Fähigkeit, den Willen wirksam zu realisiren, also nicht eine Willensstärke, sondern nur die Willenspotenz zur Voraussetzung, wie sich denn auch von hier die Vertretbarkeit von selbst ergiebt. Bei Kindern, welche ja blofs actuell, aber nicht potentiell willensunfähig sind, kann durch einen willensfähigen Vertreter die Actualität ergänzt werden: wie man aber nach der Theorie der subjectlosen Rechte die Vertretbarkeit der juristischen Personen rechtfertigen will, ist uns nicht begreiflich. Die Unpersönlichkeit des Wollendürfen hat zur Folge, dafs überhaupt gar niemand da ist (Subjectlosigkeit), von Vertretung kann mithin keine Rede sein. Wenn Windscheid[2] schliefslich aus der accidentiellen Natur des Rechtssubjectes, d. h. aus der inneren Unveränderlichkeit des Rechtes beim Wechsel des Subjectes die Nothwendigkeit eines bestimmten Subjectes leugnen zu können glaubt, so ist bereits von Unger,[3] Böhlau,[4] Zitelmann[5] und Bolze[6] genügend betont worden, dafs es freilich gleichgültig sei, welches Subject da sei, aber eine Nothwendigkeit, dafs eins da sei. Bei der *hereditas iacens* ist der Erbe, den man

---

[1] Windscheid, Krit. Ueberschau VI. 219; Bekker, Jahrb. f. Dogmatik XII. 9 und Bekkers u. Muthers Jahrb. I. 299. Der Gedankengang Bekkers ist der: Rechtssubject, so sagt man, ist derjenige, dessen Wille sich rechtlich verwirklicht. Dies ist aber falsch, weil *infantes, absentes* u. s. w. Rechtssubjecte sind, obgleich ihr Wille nicht mafsgebend ist. Folglich ist das Rechtssubject nicht vom Wollen abhängig. — Gegen Windscheid u. Bekker insbesondere: Böhlau a. a. O. 5; Zitelmann, 36, 46 f.; früher schon Wächter, Württemb. Privatr. II. 201: „Willensmöglichkeit zeichnet an sich die Person von der Sache aus. Person ist ein mit Willen begabtes Wesen." Später betont er noch einmal die „Möglichkeit eines Willens," womit er offenbar nichts Anderes sagen will als wir mit Willenspotenz.

[2] Die *Actio* des röm. Civilrechts, 235.

[3] Krit. Ueberschau, VI. 160.

[4] S. 5. — [5] S. 36.

[6] S. 18.

vielleicht noch nicht kennt, der aber existirt, der Träger der Vermögensrechte. Dafs die Erbschaftsmasse kein rechtlich subjectloses Vermögen, und dafs auch die *hereditas* nicht selbst als Eigenthümerin in Betracht kommt,[1] ersieht man daran, dafs der Erbe nicht einem interimistischen Eigenthümer succedirt, sondern dem Verstorbenen selbst, und dafs dieses Recht bereits mit dem Tode beginnt.[2] Nach dem Erbschaftsantritt zeigt es sich, dafs die Herrenlosigkeit nur eine scheinbare war. Ganz ähnlich stand es mit dem Vermögen des Gefangenen. Kehrte er zurück, so war er *ipso iure* Eigenthümer und zwar in der Weise, dafs sein jetziges Eigenthumsrecht sich unmittelbar an das frühere ansetzte. Man sieht hier, dafs also in der Zwischenzeit das Vermögen rechtlich nicht herrenlos war. Würde er in der Gefangenschaft gestorben sein, so wäre die Erbfolge eröffnet worden, und zwar hätte hier das Erbrecht bereits mit der Gefangennahme begonnen. Aehnlich liegen die Verhältnisse beim *nasciturus*. Es mufs als ein entschiedener Vorzug des Sächsischen BGB's betrachtet werden, dafs demselben die Vorstellung von einer besonderen Persönlichkeit des *nasciturus* und der *hereditas iacens* vollständig fremd ist.[3]

Dafs auch die Zweckvermögenstheorie falsch ist, haben uns besonders die Ausläufe derselben in der Bekker'schen Construction gezeigt. Auch mein Vermögen dient bestimmten Zwecken, d. h. den meinigen; hört es aber dadurch auf, Personenvermögen zu sein? „Ganz unabhängig von der Frage, welchen Zwecken ein Vermögen „diene, ist die Frage, welches Subject es habe; und darum ist „Brinz' Parallelisirung des *pertinere ad aliquem* und *ad aliquid*

---

[1] Für die Personification der Erbschaft sind hauptsächlich eingetreten: Hunger, römisches Erbrecht 1833, S. 110; Mühlenbruch, Commentar 43, S. 41 ff.; Sintenis III. 318 f.; Windscheid, Krit. Uebersch. I. 189 ff., Actio. 233 ff. und Pand. § 531; Wächter, Pand. 237; Schirmer, Erbr. § 3. Bestritten wird sie vor Allem durch Savigny, System II., § 102; Köppen, Erbr. 9 ff.; Brinz, Pand. 664 ff., 1000 ff.; Bruns, Encyclop. 467 f.

[2] Deshalb sind wir insbesondere auch gegen die von Zitelmann vertretene Ansicht, dafs die Erbschaft noch durch den Willen des Erblassers getragen werde (S. 116). Ueber die Verwirrung in dieser ganzen Frage vgl. Windscheid in der Krit. Ueberschau I. 181–207.

[3] Siebenhaar in seinem Commentar I. 76 und III. 223 ff., Lehrb. des Sächs. Privatr. 69.

„eigentlich nichts als ein Wortspiel, entstanden aus dem zufälligen „Gleichlaut der ganz Verschiedenes bedeutenden lateinischen Wen- „dungen *„pertinere ad aliquem* und *ad aliquid“.*[1] Sieht man sich diese Theorie ganz genau an und berücksichtigt insbesondere die oben erwähnte apodictische Erklärung von Brinz, dafs ein »Eigenthum« »ohne eine Person« »in Wahrheit so wenig denkbar« sei, als das »Ich und das Mein“, so findet man, dafs, gesagt oder ungesagt, der Zweck selbst zum Rechtssubject erhoben ist. Das ist aber eine Object-Subjectivirung, d. h. das Gewollte wird zum Wollenden gemacht und das Ziel an den Anfang gelegt.[2]

Brinz bewegt sich dazu in einem falschen Cirkel und ist dem Princip des Zweckvermögens keineswegs überall treu geblieben. Er spricht davon, dafs die Activrechte auch Befugnifs und Macht wären und deshalb »einer Person sein« müfsten, welcher das Zweckvermögen für den Zweck gehöre. Diese Sätze sind aber mit der Zweckvermögenstheorie schlechterdings nicht zu vereinen.[3]

Auch die Bolze'sche Auffassung ist unhaltbar. Seine Corporationstheorie, welche er durch den Fortschritt der Neuzeit gefordert glaubt, ist im Grunde nichts Anderes, als die im Mittelalter in Anlehnung an den philosophischen Nominalismus vertretene Auffassung von der *collectio singulorum* als Trägerin der Corporationsgüter, und, was hier nur zu oft auf Rechnung der Unfähigkeit im Formuliren gesetzt werden mufs, ist bei Bolze inhaltlich

---

[1] Zitelmann, 42. Förster (Preufs. Privatr. IV. 374) meint: „Diese Ansicht (von Brinz) erregt unwillkürlich den Gedanken, dafs es nichts im Himmel und auf Erden giebt, was nicht ein Jurist bestreiten könnte. Schon die Redewendung „für etwas gehören,“ hätte mit ihrer Sprachwidrigkeit gegen die Richtigkeit der Ansicht Bedenken erregen können; gehören kann etwas nur einem Subject, und vollends ist das Etwas nur dann Vermögen, wenn ein Subject damit etwas vermag. Subjectloses Vermögen ist ein Widerspruch in sich selbst, ist Masse.“

[2] Vergleiche hierüber: Unger, Kritische Ueberschau VI. 158, System I., § 42; Warnkönig, Kritische Vierteljahrschr. III. 363; von Possinger, 9 f.; Hübler 131.

[3] Auch Zitelmann S. 41 hebt treffend hervor, dafs es sich mit der Zweckvermögenstheorie gewifs nicht vertrage, wenn Brinz gelegentlich (Pand. 992, 997) sage, das Zweckvermögen gehöre einer Person für einen bestimmten Zweck.

gewollt und gefordert. Ihm ist Corporation, Societät [1], Genossenschaft [2] und Gesammthand völlig dasselbe, und zwar lösen sich, genau besehen, die drei ersteren in der letzteren gänzlich auf. S. 93 spricht er von einem „Eigenthum der Gesammtheit", und zwar ist das Moment, „welches die Einzelnen zur Gesammtheit macht, das Moment der Verbindung." [3] Er bekämpft zwar die Formulirung Salkowskis, dafs die Einzelnen als Glieder der Corporation die Inhaber von Rechtsverhältnissen seien, [4] doch giebt er dieses Recht den Einzelnen in Verbindung mit den Anderen, und das ist das Wesen des Gesammthandsverhältnisses. Er sagt denn auch selbst: „Hier schlagen die Bemerkungen von Stobbe über die gesammte Hand ein", [5] und S. 70 und 175 beruft er sich auf das, was Stobbe in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. 4, S. 214 für die gesammte Hand so treffend beschreibt: „„Das Rechtsverhältnifs der Mit-„glieder des Vereins bezüglich des Vereinseigenthums wird auch „durch seinen sachenrechtlichen Inhalt nicht erschöpft, sondern es „findet neben demselben regelmäfsig noch eine über diese Ver-„bindung . . . . hinausgehende Zusammengehörigkeit der Per-„sonen statt. Wo, wie hier, die Berechtigten bereits durch per-„sönliche Bande, welche sie als zu einander gehörig erscheinen lassen, „verbunden sind, verschmäht man es geradezu, sie mit Rücksicht „auf das ihrer Herrschaft unterworfene Object als gesondert zu „denken und jedem von ihnen ein von den übrigen abgetrenntes „Recht zuzuschreiben."" [6]

---

[1] S. 65: „Ich halte die gemeine Ansicht, dafs Gesellschaft und Corporation ihrem Grundgedanken nach auseinanderlaufen, für durchaus nicht richtig." Vgl. auch S. 74, 179.

[2] S. 100 f. — [3] S. 94.

[4] S. 103. — [5] S. 101.

[6] Dafs man bei der Begründung von Gemeinschaftsverhältnissen das Symbol eines Zusammenlegens der Hände anwandte, siehe bei Merkel, Ztschr. f. Rechtsgesch. II. 139, N. 105; Stobbe, Ztschr. f. Rechtsgesch. IV. 219; Gierke, II. 929. Der Rechtsträger erscheint hier als eine mit verschlungenen Händen heranschreitende Gruppe. Auch Stahl, Rechtsphilos. (3. Aufl.) II. 1., S. 386 f. definirt das Wesen der Gesammthand dahin, dafs bei ihr die Menschen „nicht als Individuen, sondern in einer organischen Verbundenheit" Rechtsträger sind. Vgl. auch Beseler, Erbverträge I. 84, System 269; Stobbe, Ztschr. f. Rechtsgesch. IV. 214 f.; Gierke, II. 928. So erscheint die Gesammthand als das sich der

Es mufs aber als ein willkürliches Vorgehen bezeichnet werden, wenn man aus der Fülle von Grund- und Mischformen der Rechtsfähigkeit,[1] welche in der ausgedehntesten Weise praktischen Bedürfnissen dienstbar sind, und sich mit natürlicher Nothwendigkeit geschichtlich entwickelt haben, nur eine als existenzberechtigt erklärt und voreingenommenen Sinnes nur diese allüberall entwickelt findet.[2] Die Rechtsuniformirungen sind schon beim Gesetzgeber zu verwerfen, sie sind aber in der Wissenschaft, welche nur das Bestehende zu begreifen hat, doppelt verkehrt. Und ist denn die Idee von den Rechten einer unwandelbaren Einheit neben der Berechtigung einer wandelbaren Vielheit nicht vernünftig begründet? Die Beispiele vom Concert und Krieg zeigen allerdings, dafs hier alles auf die augenblickliche Verbindung ankommt, jeder Augenblick gestaltet dieselbe anders; nur dadurch wird die Vielheit leistungsfähig, dafs trotz der einheitlichen Verbindung jedem eine besondere Stellung bewahrt bleibt. Dieser Gesichtspunkt ist überall da mafsgebend, wo eine Vielheit in eine lebendige wechselbedingende Action eintritt. Bolze hätte sich die Häufung von Beispielen er-

---

genossenschaftlichen Einheitbildung nähernde, aber nicht zur selbständigen Einheit gelangte Personenganze. Nach aufsen hin macht es allerdings den Eindruck von einer Einheit, nämlich einem „mehrköpfigen Subject" (Gierke II. 930). Diese Einheit ist aber keine Potenzirung, sondern die für eine Reihe gemeinschaftlicher Beziehungen vorgenommene Summirung. Es ist hier überall kein juristisches Einheits-, sondern Gemeinschaftsverhältnifs. Ueber diesen Gegensatz vergl. insbesondere Gierke, II. 936 ff. u. S. 940: „So ist denn das Resultat der Gemeinschaftsbildung zwar niemals die Erhebung einer von der Mehrheit verschiedenen Einheit zur Person, wohl aber eine mehr oder minder straffe Zusammenfassung der Mehrheit zur Collectiveinheit. Diese Einheit bleibt als blofse Summe abhängig von den in ihr verbundenen Elementen, während die corporative Einheit als selbständige Existenz gar nicht berührt wird von dem Wechsel der Elemente, aus denen sich ihr Körper zusammensetzt." Ueber die auch hier vorhandenen Mischformen siehe Gierke II. 941.

[1] Vgl. Gierke I. 1011 ff., 1031; II. 944 ff.

[2] Vgl. insbesondere S. 100: „Unrichtig war nur, dafs er (d. h. Bluntschli, deutsch. Privatr. § 33) daneben eine angebliche Person der *universitas* beibehielt, welche aus der Einigung mehrerer Menschen ein neues, nicht zusammengesetztes, sondern einfaches und einheitliches Rechtssubject erzeugt, völlig verschieden von den einzelnen Menschen, die demselben als Unterlage dienen, aber nicht Theilhaber sind der Einen Persönlichkeit. Eine solche Persönlichkeit war auch den Römern unbekannt."

sparen können, denn dies ist klar. Aber selbst hier kann man sagen: Der Concertbegriff verwirklicht sich nicht in der einheitlich geleiteten Vielheit, sondern in der harmonischen Einheit der Töne, er ist ein Einheitsbegriff. Diese Einheit ist das Wesentliche und allein in Betracht Kommende, sie ist nicht blofs gedacht, sondern wirklich, wie auch das von Bolze (S. 16, 19) gebrauchte Beispiel vom Flufs beweist. Die consequente Fortbildung der Bolze'schen Auffassung führt dazu, dafs auch der Stein keine wirkliche Einheit, sondern nur die organisirte Vielheit seiner Bestandtheile sei, denn auch dieser ist zusammengesetzt; wirkliche Einheit wären hiernach nur die Elemente. Dieser Einheitsbegriff ist aber für uns nicht brauchbar. Der Steinhaufen mag eine geordnete Vielheit sein, der einzelne Stein aber ist eine Einheit; das unterscheidende Merkmal beruht in der organischen Verbindung der Theile, und diese schafft bei den Corporationen die Verfassung resp. das Statut. Doch nehmen wir einmal an, dafs bei den oben angeführten Beispielen, insbesondere beim Heer und Concert, nicht eine Einheit, sondern nur eine organisirte Vielheit wirksam sei; haben wir es auf dem Gebiete des Vermögensrechtes denn auch immer nur mit solch wechselnden Gestaltungen zu thun? Darf man z. B. den Militärfiskus, welchem eine Zuwendung gemacht wird, unter dieselbe rechtliche Beurtheilung bringen, wie das Heer, dem der Feldherr nach siegreicher Schlacht seine Anerkennung ausspricht? Ich denke, der Destinatär ist in beiden Fällen doch sehr verschieden. Gerade im Gebiete des Vermögensrechts giebt es Verhältnisse, die so sehr auf die Dauer berechnet sind und den Wechsel verschmähen, dafs die Rechtsordnung die Eigenthumsberechtigung einer jeweiligen sich fortwährend ändernden Vielheit unbedingt ausschliefsen mufs. Das ist der Fall bei Corporationen. Es giebt weiter Vermögenslagen, wie in den Gesammthandsverhältnissen, beispielsweise der Ehe,[1] wo die Eigenthumsberechtigung am besten jedem Theile ganz zusteht, allerdings immer nur in Verbindung mit dem andern, und in

---

[1] So begreift sich das von Bolze, S. 69. Gesagte. Dafs die Ehegatten eine „juristische Person“ seien, wird heute kein Vernünftiger mehr behaupten. Wenn aber hier ein Gesammthandsverhältnifs gerechtfertigt und gewollt war, so folgt daraus nichts für die Structur anderer auf dem Princip einer totalen Vereinheitlichung beruhender Rechtsverhältnisse.

der Innigkeit, dafs eine Theilung gänzlich ausgeschlossen ist. Das Leben kennt aber auch Fälle *(communio, societas)*, wo das Eigenthum so bei einer Vielheit ruht, dafs jeder von vornherein nur zum Theile Eigenthümer ist und das Recht zur Verabfolgung seines Quotentheils jederzeit oder doch überhaupt geltend machen kann, von den vielen Mischformen gar nicht zu reden. Alle diese durch die verschiedene Gestaltung des Einigungsbandes bedingten Daseinsformen haben ihre Berechtigung und konnten sich nur deshalb entwickeln; die Aufgabe der Wissenschaft beruht nicht darin, sie zu verleugnen, sondern zu begreifen. Dafs sich auch der mit der Stiftung verknüpfte Rechtscomplex nach Bolze nicht erklärt, haben wir bereits oben erwähnt: wir kommen hier nothwendigerweise zu der Theorie von den subjectlosen Rechten.

II. Mit der Negation der subjectlosen Rechte entsteht die Frage: Wer ist denn aber Subject bei jenen Rechtscomplexen, bei welchen ein Träger nicht ersichtlich ist? Und da müssen wir bei der Beurtheilung der Fictionstheorien von vornherein auf einen wichtigen Punkt aufmerksam machen. Diese sagen nicht: es ist ein Subject da, wir wollen es nur durch eine Fiction begrifflich fassen, sondern sie gehen, worauf schon Brinz[1] hinweist, von der Existenz thatsächlich subjectloser Rechte geradezu aus,[2] suchen sich aber mit dieser dem Rechte hohnsprechenden Thatsache dadurch abzufinden, dafs sie nachträglich ein künstliches Subject unterschieben. Was ist nun aber damit gewonnen? Dieses Kunstsubject hat nicht einmal die Bedeutung eines Strohmanns, denn es besitzt keine Wirklichkeit. Zasius nennt es ganz bezeichnend: *„umbra personae“*.[3] Die herrenlose Masse ist jetzt gerade noch so subjectlos wie früher, mir ist nur erlaubt, zu denken, sie hätte ein Subject.[4] Das kommt mir so vor, als wenn ich dadurch meinen Schuldner zur Erfüllung seiner Pflicht auffordern wollte, dafs ich ihm erkläre, seine Schuld gelte mir als bezahlt. Die Rechtsordnung, gegen deren Grundlage ein Attentat erfolgt war, ertheilt als-

---

[1] Pand. S. 989; auch Zitelmann, 20.

[2] Am bestimmtesten geschieht dies bei Schmidt, Sächs. Privatr. I. 67, 72.

[3] Lect. ad l. 20 D. de leg. I.

[4] Hier sind sich die Personifications- und Personenrollentheorie zum Verwechseln ähnlich.

bald Indemnität: **so** also „beugt das Recht die Thatsachen unter seine Regel, statt sich vor der Herrschaft der Thatsachen zu beugen.“ Dem Dilemma, dafs ein Subject nicht da ist, wo es sein sollte, gehe ich durch Fiction nie aus dem Weg, das sollte nach den Ausführungen von Bekker,[1] Brinz,[2] Böhlau,[3] Demelius,[4] Ihering,[5] Köppen,[6] Randa,[7] Zitelmann,[8] Schlofsmann,[9] Bolze[10] und insbesondere Bülow,[11] nicht mehr bestritten werden. So tadelt auch Eccius in der von ihm veranstalteten neuesten Auflage von Förster-»Preufsischem Privatrecht« die herrschende Lehre, dafs sie an der Fiction einer Persönlichkeit festhalte, ohne sich darüber klar zu sein, dafs ein blofs fingirtes Subject in Wahrheit kein Rechtssubject sei.[12]

Aehnlich steht es mit der Böhlau'schen Personenrollentheorie, welche in ihrer ungemein künstlichen Structur weder historisch noch logisch zu beweisen ist, und nach den Ausführungen von Zitelmann,[13] Brinz[14] und Gierke[15] hier nicht mehr berücksichtigt zu werden braucht.

Mag die Gesetzgebung und Jurisprudenz immerhin mit der Fiction des Rechtsträgers arbeiten, ein fingirter Rechtsträger

---

[1] Bekkers u. Muthers Jahrb. I. 305. Jahrb. f. Dogmatik XII. 10.

[2] Pand. 982, 989.

[3] Rechtssubject, 9.

[4] Jahrb. f. Dogmatik IV., 117 f., 127.

[5] Jahrb. f. Dogmatik X. 413. Geist des röm. R. III. 1, S. 284 ff.

[6] Erbschaft, S. 8.

[7] Archiv f. Wechselrecht XV. 339.

[8] S. 17 ff.

[9] Der Vertrag, 61, 127.

[10] S. 30, 193.

[11] „Civilprocessualische Fictionen u. Wahrheiten,“ im Archiv f. civ. Praxis. 1879 (S. 1—11, und die ganze vorzügliche Abhandlung).

[12] IV. 1. Abth. 705. Im Widerspruch hiermit läfst er jedoch bei der Stiftung die Fiction oder Personification wieder zu (IV. 755 f.).

[13] S. 24 ff. Insbesondere S. 24: „Es ist doch entschieden eine leichtere Vorstellung, ein Vermögen ohne physisches Subject selbst als Subject zu betrachten, als es wie einen Schauspieler anzusehen, der zum Besten der Destinatäre eine Personenrolle spielt.“ Richtig ist in der Böhlau'schen Theorie nur der Satz, dafs die Fiction keine wirkliche Person schaffe; sonst gleicht sie der Fictionstheorie aufs Haar.

[14] Pand., 2. Aufl. I. 194 ff.

[15] Genossenschaftsrecht III. 104, N. 236.

existirt nicht. Die Fiction schafft keine Wahrheit, auch keine Rechtswahrheit. Dafs man dies nicht erkennen wollte, das allein ist schuld daran, dafs wir heute noch „in die spanischen Stiefel jener unzureichenden und widerspruchsvollen Begriffe hineingezwängt sind, welche uns die freie Bewegung nehmen.“ [1] Bülow [2] führt mit Recht aus: „Der Erkenntnifs der Wahrheit kann durch die Zumuthung, Unwahres für wahr zu halten, unmöglich gedient werden. Wissenschaftliche Fictionen sind die Negation richtiger Erkenntnifs und Wahrheit, eine Selbsttäuschung, ja eine Bankerotterklärung der Wissenschaft.“ Ihering nannte die Fiction schon eine »Nothlüge«; [3] Bülow zählt sie richtiger, weil die Täuschungsabsicht fehlt, zu „den conventionellen scheinbaren Unwahrheiten, deren man sich zur Vereinfachung des Geschäftsverkehrs und der Umgangsformen zu bedienen pflegt.“ [4] Immerhin bleibt sie eine Unwahrheit, und deshalb erwächst allüberall für die Wissenschaft die Aufgabe, sie niederzureifsen und einen Umbau vorzunehmen. Jede Fiction, sagt Bülow, [5] ist ein ungelöstes Problem und stellt sich selbst als solches dar, hier liegt ein undurchforschtes, beuteversprechendes Arbeitsfeld vor. Das Publicianische Edict führte neben dem absoluten Universalrecht des Eigenthümers ein relatives Universalrecht des redlichen Erwerbers ein; die Gesetzgebung suchte dabei die Anlehnung an das bestehende Institut des Eigenthums, und der redliche Erwerber bekam den Charakter eines fictiven Eigenthümers. Statt dafs nun die Wissenschaft dieses besondere Recht in seiner Eigenthümlichkeit zu begreifen und selbständig zu gestalten gesucht hätte, ist es heute noch dem Eigenthum subordinirt und erscheint als „Trabant der *rei vindicatio.*“ [6]

Unsere ganze Jurisprudenz ist noch mit Fictionen durchsetzt, und Bülow hat den dankenswerthen Versuch gemacht, zunächst den Procefs davon zu reinigen. Hatte man doch selbst das Urtheil auf

---

[1] Bolze, Vorw. III.

[2] S. 6 ff.

[3] Geist des röm. R. III. 1, S. 288.

[4] S. 8 N. 7.

[5] S. 6.

[6] Bülow, 52.

eine Fiction gegründet.[1] Nach den vortrefflichen Bülow'schen Ausführungen werden in unseren Systemen die Litiscontestations- und Einlassungs-, Geständnifs-, Urkundenanerkennungs-, Eides- und Einwilligungsfictionen fernerhin keine Stelle mehr finden. Veränderte Rechtsverhältnisse erfordern eine andere Behandlung; man darf nicht das Neue zum Alten umfingiren, ebensowenig wie man für den Reichscivilprocefs die frühere gemeinrechtliche Lehre zu Grunde legen und die veränderte Rechtslage durch Fictionen erklären darf.

Dies Alles haben Böhlau und insbesondere die Vertreter der Theorie von den subjectlosen Rechten recht wohl erkannt, und letztere handelten von ihrem Standpunkt aus ganz consequent, dafs sie lieber die Nothwendigkeit eines Rechtsträgers bestritten, als sich mit einem Fictiv-Subject begnügten. Am wenigsten Consequenz zeigt in dieser Hinsicht Windscheid, welcher unter Beibehaltung des alten Fictionsstandpunktes einräumt, „dafs die Wirklichkeit dadurch nicht zu einer andern gemacht wird, dafs sie als eine andere dargestellt wird," und der dann seine Hinneigung zu den subjectlosen Rechten mit den Worten maskirt:[2] „Wenn daher in der That „ein Recht ohne Subject nicht gedacht werden kann, so folgt daraus „nur, dafs dasjenige, was vorhanden ist, wo es an einem Subjecte „thatsächlich fehlt, eben kein Recht ist, sondern irgend etwas An„deres" (aber was denn?). Von hier aus wird die Lösung unseres Problems gewifs am wenigsten gelingen, denn darüber wird wohl Niemand zweifelhaft sein, dafs wir es bei den hier in Betracht kommenden Corporations- und Stiftungsbefugnissen mit wirklichen Rechten zu thun haben.

Wir sind selbstverständlich weit davon entfernt, die Bedeutung der Fictionen für die Gesetzgebung zu unterschätzen. Diese ist schon von Savigny genügend gekennzeichnet, wenn er sagt: „Entsteht eine neue Rechtsform, so wird dieselbe unmittelbar an eine alte, bestehende angeknüpft, und ihr so die Bestimmtheit und

[1] Es war dies kein Geringerer als v. Savigny VI., § 280, 261 und 263: „Das höchst wichtige Rechtsinstitut, wodurch der angegebene Zweck erreicht werden soll, läfst sich im Allgemeinen als die Rechtskraft des richterlichen Urtheils bezeichnen, welche nichts Anderes ist, als die **Fiction** der Wahrheit." Ueber diese Frage Bülow, 93—96.

[2] Pand. 1875, S. 125 Anm.

Ausbildung derselben zugewendet."[1] So wird das Neue heimisch, und die Fiction dient als Vereinfachungs- und Veranschaulichungsapparat.[2] Es kommt aber eine Zeit, wo aus der Schule die Rechenmaschine und andere Veranschaulichungsapparate entfernt werden, wo das Gerüste am Hause verschwindet, und so mufs es auch die Rechtswissenschaft dahin bringen, dafs die Fictionen entbehrlich werden.

Der Fiction der Persönlichkeit fehlt aber auch in anderer Beziehung die vernünftige Grundlage.

Wenn im alten Formularprocefs in der *demonstratio* ein nicht vorhandener Thatumstand, oder bei der *intentio* ein nicht vorhandener Rechtssatz als vorhanden fingirt, oder nach der *fictio legis Corneliae* der Moment der Gefangennahme als Augenblick des Todes gelten sollte, damit ein vor der Gefangenschaft errichtetes Testament als dasjenige eines *civis Romanus* behandelt werden konnte, so zeichnen sich solche Fictionen, wie das ganze prätorische Recht, durch eine ebenso grofse Rücksichtnahme auf die praktischen Bedürfnisse als durch einen das Rechtsleben ehrenden zähen Conservativismus aus. Dafs ferner für eine *actio* ein nothwendiger Thatbestand oder ein Rechtssatz fehle, ist ebenso gut denkbar, als es wünschenswerth erscheinen mag, dafs trotzdem eine Klage zugelassen werde. Können wir uns aber ein subjectloses Recht denken? Die Möglichkeit konnte also wohl wenigstens fictive Wirklichkeit bekommen. Aber von etwas, was nicht möglich ist, kommen wir ebensowenig zur Wirklichkeit, als von Null zur Zahl: hier hilft kein Multipliciren, dort keine Fiction. Aber diese Möglichkeit auch zugegeben: Wir haben bereits hervorgehoben, dafs den Personificationstheorien bewufst oder unbewufst der Satz zu Grunde liegt, dafs nur der Mensch Rechtssubject sein könne: wie kommen wir nun von diesem farblosen Subject zur physischen Rechtsträgerschaft? Doch nur durch eine neue Fiction! Ihering sagt: „Entfernt man sich einmal von „dieser Grundidee des Rechts, die in dem Satz, dafs lediglich „der Mensch der Destinatär, das Bestimmungssubject der Rechte „ist, ihren Ausdruck findet, so findet der Unfug mit dem Perso-

---

[1] Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft, 3. Aufl., S. 32.

[2] Bülow, S. 6.

„nificiren gar keine Grenze mehr.“ [1] Dem entgegen sind wir der Ansicht, dafs gerade diese falsche sogen. Grundidee die Quelle aller Irrthümer und nicht endender Fictionen wurde. [2] Denn, wenn das eigentliche Rechtssubject bei Stiftungen und Corporationen nicht der Mensch ist, wie benennt sich denn das gekünstelte Wesen? Hier stehen sich die verschiedensten Ansichten scharf gegenüber. Man spricht von einer der Stiftung resp. der Corporation innewohnenden »Idee«. Seit Ungers Untersuchungen (»Zur Lehre von den juristischen Personen«) [3] ist es üblich, in dem Substrat selbst, also bei den Corporationen in dem Verein, bei Stiftungen in dem Vermögen oder der Gütermasse den eigentlichen Rechtsträger zu suchen. Man sieht aber, dafs durch die letztere Annahme der Zweckverschiebung Thür und Thor geöffnet ist; der Träger wird ja durch dieselbe gar nicht berührt. Ein Vermögen ferner, das sein eigenes Rechtssubject ist, ist doch herrenloses oder Zweck-

---

[1] Geist des röm. Rechts, III. 1, S. 331.

[2] Salkowski, Bemerkungen 6: „Es genügt nicht mehr die eine Fiction eines Rechtssubjects, welches keine physische Person ist, es ist noch die andere erforderlich, dafs die einzelnen die juristische Person vertreten; darauf wird dann noch die dritte Fiction gethürmt, dafs der Beschlufs der Majorität den Willen der Vertreter ausdrücke.“ In welch geistloser Weise Fictionen gemacht werden, davon finden wir bei Jolly (das Recht der Actiengesellsch. in Ztschr. f. deutsch. R. XI. S. 327) einen treffenden Beleg: „Die Actiengesellschaft ist keine juristische Person, sie gilt aber formell vermöge einer rechtlichen Fiction als eine juristische Person.“ Dazu macht Bolze (Begriff der jur. Person, 102) die richtige Bemerkung: „Also eine Fiction zweiter Potenz.“

[3] Krit. Ueberschau VI. 159. Nicht ganz übereinstimmend hiermit im Oester. Privatr. I. 348. Ein Jahr früher sprach sich in diesem Sinne schon Roth-Meibom aus (Kurhess. Privatr. 293); Vgl. auch Roth, Bayr. Privatr. I. 206, 269; Siebenhaar, Sächs. Privatr. 60, 63, 68; Koch, Preufs. Privatr., 1845, I. 183; Stobbe, Deutsches Privatr. I. 320, 419, 422, welcher übrigens die Corporations- und Stiftungsträgerschaft 334 f. nicht genug unterschieden hat, ein Fehler, der insbesondere in der Beurtheilung der modernen Erwerbs- und Vermögensgenossenschaften vielfach gemacht wurde. Gans, Beiträge z. preufs. Gesetzg. I. 2, S. 177 f.; Marbach, ein Wort über den Rechtscharakter der Actienvereine; Demelius, Rechtsfiction, 85, Jahrb. f. Dogm. IV. 2; Bekker, Ztschr. f. d. ges. Handelsr. IV. 565 f.; im Unger'schen Sinne construiren auch Windscheid, Pand. § 57. N. 3; Seuffert, Pand. I., § 50 N. 3; dann Fr. v. Sybel, das altkath. Bisthum, 13, und Prestinari, Zeitschr. für bad. Verwaltung 1869, S. 301.

vermögen. So kommt man also auf einem Umweg zu derselben Theorie, die man so energisch bekämpft.[1] Savigny,[2] Puchta,[3] Scheurl,[4] Eisele[5] u. A.[6] erblicken schliefslich im Zweck das wahre Rechtssubject. So finden wir auch hier wieder die enge Verwandtschaft zwischen der Zweckvermögens- und Personificationstheorie bestätigt. Nicht selten liegen die verschiedenen Auffassungen ungeschieden nebeneinander. So sieht Evelt[7] gleichzeitig in der Sache oder dem Complex, den Destinatären und dem Zweck das Rechtssubject der Stiftungen, und er meint deshalb: „Die Eintheilung der juristischen Personen in solche, welche aus „Menschen bestehen *(universitates)*, und in solche, deren Substrat „eine Sache ist, hat also keinen inneren Gehalt."

Aber wenn wir uns einmal auf den Standpunkt der Fictionstheorie stellen und nicht blofs die Möglichkeit der Fiction überhaupt, sondern sogar diejenige eines physischen Substrats annehmen, so hat doch auch die Frage der Nothwendigkeit noch eine Bedeutung. Die Fiction ist ein juristisches Noth- und Zwangsmittel; dieses von Zitelmann sogen. *„remedium ultimum"* wendet man selbstverständlich nur da an, wo ein Bedürfnifs es erheischt. Die folgende Darstellung aber wird zeigen, dafs ein solches in keiner Weise vorhanden ist.

---

[1] Stobbe (Deutsch. Privatr. I. 335) führt ebenfalls dieses Argument gegen die Vermögenspersonification der Corporation ins Feld. Er hat aber vergessen, es auch bezüglich der Trägerschaftsfrage der Stiftungen in Anwendung zu bringen (422).

[2] System II. 243 f.

[3] Instit. II. 291—296. Pand. 41.

[4] Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts I. 7.

[5] Ueber das Rechtsverhältnifs der *res publicae in publico usu*, 23.

[6] Holzschuher, Theorie und Casuistik I. § 33 N. 1; Müller bei Unger, Krit. Ueberschau VI. 159; Maas (Archiv IV. 583 ff.), Gräff, das Eigenthum der kath. Kirche, 19; Denkschrift des Erzbisch. Capitelsvicariats zu Freiburg betreffend den Badischen Stiftungsgesetzentwurf v. 1869; Vorstellung des Bischöflichen Ordinariats zu Limburg an das Hof- und Appellationsgericht zu Wiesbaden (Archiv 20, 144); hierher gehört auch Lasson (Princip und Zukunft des Völkerrechts, 127), welcher Wille und Zweck identificirt, obschon doch der Zweck nicht das Wollende, sondern das Gewollte ist. Vgl. Zitelmann, 60. Auch Büff, Kurh. K.-R. 730, ist hierher zu rechnen, obschon nach ihm »bei allen Stiftungen« der »fromme Zweck selbst« nur »gewissermafsen« personificirt ist. Ferner Richter-Dove (7. Aufl.) 1083.

[7] Preufs. Civilr. 1860, S. 39.

c. Construction der juristischen Personen.

§ 10.

1. Das Rechtssubject der Stiftung.

Wir glauben folgendes erwiesen zu haben:

1. Es gibt kein Recht ohne Subject.
2. Dieses Subject ist logisch und in Wirklichkeit nothwendig, es kann nicht fingirt werden.

Daraus ergiebt sich das Resultat, dafs die sogen. juristischen Personen entweder als Phantasiegebilde im Rechtsleben keine Stelle finden dürfen, oder dafs sie ein wirkliches, reales Subject haben. Letzteres ist thatsächlich unsere Auffassung, und damit haben wir uns der Personen- oder Realitätstheorie angeschlossen. Wie benennt sich nun aber dieses wirkliche Subject? Nach Ihering[1] ist »lediglich der Mensch« Rechtssubject, und dieses ist, ausgesprochen oder unausgesprochen, die Ansicht, welche fast sämmtlichen Theorien zu Grunde liegt![2] Dieser Gedanke ist uns in seiner Grundlage sympathisch. Allerdings halten wir die Bolze'sche Gemeinschaftstheorie sowie die Ihering'sche Genufstheorie, wonach die Destinatäre: die Corporationsmitglieder und Stiftungsinteressenten die Rechtsträger seien, für verfehlt, und die einschlägigen Ausführungen Zitelmanns — dafs hier die *quaestio iuris*, wer Subject sei, und die *quaestio facti*, wem der Genufs zu Theil werde, fälschlich identificirt, das Rechtssubject im gewissen Sinne immer auch Destinatär seiner Rechte, der Begriff des Genusses ein ganz relativer und, mit dem »nach aufsen hin als Einheit figuriren« die doch auch von Ihering verworfene Fiction wieder aufgenommen sei, sowie dafs ein materialer Unterschied zwischen Corporation und Societät nicht existire,[3] — haben unsern Beifall. Sehen wir uns die Frage ge-

---

[1] Geist des röm. Rechts III. 1, S. 331. Dies bezeichnet Ihering als eine »Grundidee«, und er meint, mit der Annahme des Gegentheils gerathe man in ein grenzenloses »Personificiren«.

[2] Vgl. z. B. die S. 49 citirte Aeufserung Savignys. Ebenso Brinz (Pand. Pand. I., 2. Aufl.), S. 194: „Nur die Menschen sind Personen."

[3] S. 49 ff.

nauer an: ist denn bei den sogen. physischen Personen, juristisch gesprochen, der »Mensch« wirklich Subject? Nein: das Recht ist Wollendürfen. Mag der philosophische Personenbegriff neben dem Willen noch ein Erkennen (oder Fühlen) zur constitutiven Voraussetzung machen, der juristische Personenbegriff erschöpft sich im Willen, und die sogen. physischen Personen sind für das Recht nur juristische Personen mit einem physischen Superfluum. Rechtssubject ist nicht der Mensch, sondern der menschliche Wille.[1] Es ist also nur die Frage: haben die Corporationen und Stiftungen einen solchen rechtstragenden Willen?[2] Und hier sind wir auf dem Punkt angelangt, wo wir die Zitelmann'sche Auffassung ganz zu der unsrigen machen können.[3] Am treffendsten können wir diese Theorie die Willenstheorie nennen.

---

[1] Gierke II. 475: „Der Wille ist im Gebiete des Rechts die Seele der Persönlichkeit.“ Vgl. auch Hegel, Naturrecht, § 34, 35; Zitelmann, 68 f. Der Widerspruch von Bolze, S. 3, ist unbegründet. Uebrigens waren auch die Fictionstheoretiker dieser Auffassung schon nahe. Unger sagt (Krit. Ueberschau VI. 160): „Ein Recht als Willensherrschaft, eine Verbindlichkeit als Willensunterworfenheit ist ohne einen Willen, der darf oder mufs, also ohne ein wollendes Subject nicht denkbar.“ Desgl. P. Roth (Bayr. Civilr. I. 146): „Jedes Rechtsverhältnifs setzt voraus Beziehungen zu einem Willen, der über dasselbe bestimmen kann.“ Aber die Fictionstheoretiker ziehen aus diesen Prämissen keine Consequenzen. An dieser Stelle sei nur noch vermerkt, dafs Siebenhaar (Sächs. Privatr. 49, 51) nicht vom Willen, sondern vom Selbstbewufstsein ausgeht, dem Windscheid wenigstens nur in Verbindung mit dem Willen eine rechtliche Bedeutung beilegt. Pand. 1875 I. 126, N. 6.

[2] Die herrschende Ansicht verneint dies. Puchta, § 50: „Juristische Personen sind als blofse Begriffe willenlos.“ Bruns in Holtzendorffs Encyklop. I. 273: „Die Einheit ist als solche etwas Ideelles, von den Einzelnen verschieden, und darum willensunfähig. Ebenso Schmidt, Sächs. Privatr. I. 68; Wächter, Württemberg. Privatr. II. 203. Dem steht aber schon die Auffassung Savignys gegenüber, der sich damit im unbewufsten Gegensatz zu sich selbst befindet: Syst. I. 24: „Das Recht hat sein Dasein in dem gemeinsamen Volksgeist, also in dem Gesammtwillen, der insofern auch Wille jedes Einzelnen ist.“ Vgl. darüber die treffenden Bemerkungen von Bolze, 7 ff.

[3] S. 68 ff., 70—76. Aehnlich Kuntze in Goldschmidts Ztschr. VI. 200 ff. 233. Auch der Recensent im Archiv 15, S. 150, ist dieser Ansicht: „Das wesentliche an der moralischen und juristischen Person, auch der physischen Individuen, ist der freie selbstbewufste Wille.“ Ferner steht auch v. Poschinger, S. 7, im wesentlichen auf dem Standpunkt dieser Theorie.

Hier ist der Schwerpunkt der Frage. Fictionen wurden, wie wir oben sahen, immer nur da nöthig, wo ein sogen. juristisches Princip zu eng formulirt war. So war es auch hier. Man stellte den Grundsatz auf: Rechtssubject ist nur der Mensch; nun fand man Rechtssubjecte, welche keine Menschen waren, und diesen Widerspruch löste man durch die Fiction. Das kritische Verfahren setzt aber an dem sogen. Princip ein: stehen rechtliche Thatsachen mit demselben im Widerstreit, so ist es falsch: es war zu eng gefaſst und muſs deshalb geändert werden, wie eine naturwissenschaftliche Hypothese, gegen welche die Thatsachen zeugen. Rechtssubject ist nicht der Mensch, sondern der Wille.

Hiermit ist zunächst die Theorie gerichtet, welche Sachen oder Sachgesammtheiten als Rechtssubject erklärt, insbesondere auch die Bekker'sche Auffassung, wonach Geldpapiere Rechtsträger sein sollen.[1]

Die Eigenthumsfrage crystallisirt sich in folgender Form: Durch wessen Willen wird eine Sache rechtlich beherrscht?[2] Dies beantwortet sich bei den Stiftungen[3] dahin, daſs der Wille des Stifters sich objectivirt und durch die Begebung des Widerrufsrechts ein eigenes Leben zu führen beginnt. Der Stifter setzt einen Theil seines Willens auſser sich. Dieser subsistirt allerdings in

---

[1] Bekkers und Muthers Jahrb. I. 296—306.

[2] Förster, Sukows »Prophet« 1846, S. 232: „Die rechtlichen Wirkungen des anerkannten Eigenthums sind: die ausschlieſsliche Befugniſs des berechtigten Subjects, seinen Willen an dem Object zu verwirklichen und dabei gegen jeden Dritten geschützt zu werden."

[3] Ueber die verschiedenen Bedeutungen von »Stiftung« vgl. Zitelmann, 72 f. und Zöpfl, Bemerkungen zu einigen der hauptsächlichsten Bestimmungen des Badischen Gesetzentwurfs über die Rechtsverhältnisse und die Verwaltung der Stiftungen. S. 3; S. 15: „Die Bezeichnungen Stiftung, stiften, haben ihre etymologische Wurzel in dem lat. *stipulatio, stipulari* und bezeichnen grammatisch eine Widmung, welche durch das Geloben auf den Eidstab (*stipula*) bestärkt, oder mit dem Symbole des Stabes, Halmes und dergl. (der *stipula*) übergeben worden sind, welche Formen allmählich auſser Uebung kamen." — Im folgenden ist nicht von den Stiftungen die Rede, welche einem fremden Träger angehören, sondern nur denjenigen, welche das Rechtssubject in sich selbst haben. Wenn man von Stiftungen schlechthin spricht, meint man gemeinhin den selbstständigen Rechtsträger.

keiner eigenen Leiblichkeit, die ja zum Rechtssubject auch gar nicht nöthig ist; er hat aber trotzdem ein stifterischerseits eingehauchtes inneres und selbständiges Leben. Das Stiftungsvermögen wird zusammengehalten durch einen Willen, nämlich den Willen des Stifters. Förster hebt mit Recht hervor, dafs „der noch lebende Stifter gewifs auch noch als Subject des Stiftungsvermögens aufzufassen ist und sich bei dessen Verwaltung nur durch die von ihm eingesetzten Organe vertreten läfst.“ [1] Nur kann sich dieser Wille nicht mehr willkürlich verändern, er ist unabänderlich gebunden,[2] nichtsdestoweniger aber wirksam. So ist ja auch der Wille des Erblassers im Augenblick des Todes gleichsam erstarrt,[3] und doch kann eine rechtliche Machtsphäre desselben nicht bestritten werden, wie die Rechtsbeständigkeit des Testamentes, die Erzwingbarkeit der Auflage, die Ernennung eines Testamentsexecutors, die Bestellung eines Mandatars über den Tod hinaus u. s. w. deutlich beweist. Das Recht hat die rechtliche Bedeutsamkeit des menschlichen Willens auch über den Tod hinaus anerkannt.[4] In der That wäre

---

[1] Preufs. Privatr. (1873) IV. 404.

[2] Das will Windscheid (Pand. § 49, N. 8) offenbar mit den Worten ausdrücken: „für die Stiftung ist nicht der Wille des Stifters mafsgebend, sondern ein von ihm Gewolltes.“

[3] Förster (a. a. O.) meint, dafs auch der Wille des Stifters „als Erblasser gedacht werden mufs.“ Das ist unrichtig. Nach Errichtung der Stiftung bleibt der zur Zeit der Errichtung abgezweigte Sonderwille der unwandelbare Träger, mag der zurückbleibende Totalwille auch noch so sehr wünschen, das Geschehene unmöglich zu machen. Dem Erblasser jedoch bleibt es unbenommen, zu jeder Zeit sein Testament zu ändern oder umzustofsen. Wir können somit nur ein Parallelverhältnifs zwischen dem Stifterwillen und dem Willen des Erblassers zur Zeit des Todes, oder vielleicht noch treffender dem Willen der Erbverträger statuiren. Es ist gegen Förster zu bemerken, dafs die Rechtsträgerschaft der Stiftung durch den Tod des Stifters nicht im geringsten berührt wird.

[4] Eine Zusammenstellung bezeichnender römisch-rechtlicher Quellenstellen giebt Schlofsmann, der Vertrag, 93 N. 1. Die Auffassung der Römer von dem auch nach dem Tode noch zu respectirenden Willen drückt sich am besten in der Lehre von der *hereditas iacens* aus, wo es heifst: *„personam defuncti sustinet“* (l. 34 u. 33 § 2 D. 41, 1), *defuncti locum obtinet* (l. 31 § 1 D. 28, 5). Ferner l. 116 § 3 D. de leg. I.; § 2, J. 2, 14; pr. J. 3, 17. Vgl. auch Walter, Politik, 77, Maas, zum Frieden zw. Staat und Kirche, 91. Der Recensent im

es keine besonders feinsinnige Anmuthung an die Rechtsordnung, wollte man fordern, dafs sie die Willensobjectivirungen in diesem Augenblick noch respectirt und schützt, und eine Minute später (nach erfolgtem Tode) der Zerstörung überliefert. Das hiefse die Rechtsordnung dem Schüler vergleichen, der in Gegenwart des Lehrers recht ehrbar ist und hinter seinem Rücken Unfug treibt. Nicht weil der Mensch mit seiner Leiblichkeit noch hinter seiner Schöpfung steht, wird diese von der Rechtsordnung geschützt — sonst würde sich der Rechtsschutz ja in Selbstschutz auflösen — sondern einzig und allein, weil sie die Objectivirung des menschlichen Willens ist. Das bleibt sie aber, gleichgültig, ob der Urheber noch lebt oder schon todt ist. In der Stiftung tritt also ein rechtstragender Wille in Erscheinung: dieser ist seinem Wesen nach wirksam und thätig, aber für alle Zeiten in seine Richtung gewiesen und gebunden. Dafs aber die Unveränderlichkeit des Willens mit der Rechtsträgerschaft in keinem Widerspruch steht, zeigen am deutlichsten die Erbverträge.

Diese Willenstheorie hat neben Gierke,[1] Kuntze[2] und Zitelmann[3] vor allen in Förster eine namhafte Stütze;[4] dagegen irrt dieser, wenn er die Unveränderlichkeit der Stiftung erst mit dem Tod des Stifters eintreten zu lassen scheint (405), denn diese ist schon mit der Errichtung gegeben. Hiermit widerlegt sich auch der Unger'sche Einwand, dafs der fortlebende Persönlichkeitscharakter des Stifterwillens die bis zum Tode dauernde Rechts-

---

Archiv (15, S. 154[1]) statuirt es sogar als einen „naturrechtlichen Satz, dafs der Wille des Menschen in seiner Disposition über sein Eigenthum auch aufser dem Bereich der Verträge und auch nach dem Tode des Individuum geachtet werden mufs." Für das directe Gegentheil Edg. Loening. Die Rechtsverhältnisse der kirchlichen Stiftungen (Zeitschr. f. bad. Verwaltung 1869, S. 277).

[1] II. 962 ff., 968.

[2] Goldschmidts Ztschr. VI. 200 ff., 233.

[3] S. 72 ff.

[4] Preufs. Privatr. (1873) IV. 404: „Die Frage, wer Subject eines Vermögens ist, welches seinem Begriff nach immer nur Object sein kann, ist identisch mit der andern, wer ist wollend und handelnd in Betreff dieses Vermögens? . . . Wie der Erblasser seinem Erben eine bestimmte Verwendungsart in Betreff seines Nachlasses auferlegen kann und dadurch den Willen des Erben in der Weise bindet, dafs sein Wille fortwirkt, so kann er auch ohne Ernennung eines

fähigkeit des Stifters fordere:[1] entscheidend ist der Augenblick der Errichtung, in welchem der rechtstragende Sonderwille seine unabänderliche und selbständige Form gewinnt und dabei verharrt, wenn sich später der Ursprungswille auch ganz anders gestaltet. Förster irrt aber auch, wenn er meint, dafs die Rechtssubjectivität des Stifterwillens gegeben sei „infolge einer Fiction, der Fiction der Fortwirkung des Willens eines Verstorbenen", und wenn ihm daher die Stiftung „nicht eine juristische, (?) sondern in der That eine fingirte Person" ist.[2] Darauf ist nur zu erwidern, dafs der rechtstragende Wille der Stiftung bereits vor dem Tode des Stifters die Beweglichkeit verloren hat, also die Fiction auch schon zu Lebzeiten des Stifters Platz greifen müfste. Aber auch abgesehen hiervon, beruht die Stiftung ebensowenig auf der Fiction des Stifterlebens, als testamentarische und andere über den Tod hinausreichende Rechtsbestimmungen nur einen Fictivbestand haben. Von einer Fiction kann auf diesem Gebiete überhaupt keine Rede sein, und das Dogma von der Einschränkung der Willensmacht auf das Leben ist für die Jurisprudenz unbewiesen und unbeweisbar[3] und auch für das praktische Leben verfehlt.

Die hier entwickelte Willenstheorie ist keine müfsige Spielerei zwischen verschiedenen Schulmeinungen, sondern hat die wichtigsten

---

Erben, oder indem er seinen Erben einen gewissen Vermögenstheil entzieht, anordnen, dafs dieser Vermögenstheil eine nur seinem Willen entsprechende Verwendung finden soll. Die Verwalter eines solchen Vermögens setzen vertretend den Willen des Stifters fort, sie sind die Organe dieses Willens, in dem Zweck hat sich derselbe einen bleibenden Ausdruck gegeben. Sonach ist dieser durch den Zweck manifestirte Wille des Stifters das Rechtssubject des Stiftungsvermögens." Es ist zu bedauern, dafs *Eccius* in der sonst wesentlich verbesserten 4. Auflage diese Ausführungen gestrichen hat und zur Fiction (IV. 757, 708) oder, wenn man lieber will, zur Zwecktheorie (756) zurückgekehrt ist. Andererseits ist er aber auch nicht abgeneigt, „es als eine Forderung der Logik festzuhalten, dafs Vermögen ohne Subject undenkbar ist" (IV. 756[15]), wie wir ihn auch schon S. 67 als Gegner der Fiction anführten.

[1] Oesterr. Privatr. I. 348, N. 5.

[2] Preufs. Privatr. IV. 404.

[3] Auch die römischrechtliche Lehre von der Repräsentanz des Verstorbenen durch die *hereditas iacens* (pr. J. 3, 17: *„personae defuncti vicem sustinet,"* § 2 J. 2, 14: *„personae vicem sustinet non heredis futuri, sed defuncti"*; ferner l. 34, D. 41, 1, l. 33, § 2, D. eod.) ist nur verständlich unter der Voraussetzung,

Folgen. Zunächst erweist sich von hier aus die Haltlosigkeit der vielfach verbreiteten Ansicht, dafs der Wegfall des Stiftungsvermögens die Vernichtung der Stiftung sei. Eine solche Auffassung mag sich mit der Personificationstheorie, welche die Vermögensmasse selbst als Rechtssubject ansieht, allenfalls vertragen,[1] nothwendig ist sie auch hier nicht — mit der Willenstheorie dagegen ist sie unvereinbar. Ob das Stiftungsvermögen einen gleichmäfsigen Activ- und Passivbestand oder nur das eine oder andere zeigt, ist für den Rechtsbestand der Stiftung gleichgültig,[2] wie auch der Persönlichkeitscharakter der körperlichen Personen durch Verschuldung nicht in Frage gestellt wird.

Auch die Ansicht, die Unmöglichkeit oder der Wegfall des Stiftungszweckes vernichte die Stiftung, ist irrig.[3] Sie beruht, bewufst oder unbewufst, auf der Annahme, die Stiftung werde durch

---

dafs dem Willen des Verstorbenen überhaupt noch eine Stellung im Rechtsleben gebührt.

[1] Roth, Jahrb. I. 203, 219 ff.; Unger, Oesterr. P.-R. I. 348; Dernburg, Preufs. Privatr. 1884 I., S. 122; Brinz, Pand. 1138 f.; Stobbe, deutsches Privatr. I. 422 u. 425 Dagegen aber schon Beseler, Volksrecht, § 72 und Windscheid, Pand. § 61 N. 3, mit dem Hinweis, es sei doch möglich, dafs der Stiftung noch später Zuwendungen gemacht würden. Stobbe will dies entkräften durch die Frage: „Aber wie lange soll dieser Zustand der Unbestimmtheit bestehen?" (425 N. 27.) Er bedenkt aber nicht, dafs ein solches Argument auch dem bei ihm sub. Nr. c angegebenen Auflösungsgrund entgegengehalten werden kann: „Unmöglichkeit, den ursprünglichen Zweck zu erreichen, wovon die blofs zeitweise Unausführbarkeit zu unterscheiden ist." Sintenis macht hier, wie wir diese Lehre auch bezüglich der Corporationen wiederfinden werden, einen Unterschied zwischen Stiftungen mit öffentlichem und privatem Zweck. (Civilrecht II. § 15, S. 112.) Diese Auffassung ist die consequente Fortbildung der Lehre, dafs der Zweck Stiftungsträger ist. Nur ist nicht einzusehen, warum nicht auch nach dem Bankerott einer nicht öffentlichen Stiftung der Zweck derselben, gerade wie bei der öffentlichen, fortbestehen könnte, und doch soll diese schlechthin erloschen sein.

[2] Brinz, Pand., 1. Aufl. II. 1139, ist für den Fortbestand, wenn auch nur Schulden vorhanden sind, im Uebrigen aber ist ihm eine Stiftung „ohne Vermögen nicht denkbar" 1138. Vgl. auch Demelius, Jahrb. IV. 156. Roth, ibid. I. 219.

[3] Auf diesem falschen Princip beruht auch das badische Stiftungsgesetz v. J. 1870, § 9, und der von Grimm erstattete Commissionsbericht der zweiten Kammer, 55. Die richtige Ansicht bei Sintenis, Civilr., II. § 15, S. 112.

den Zweck getragen. Man kann nur sagen: Die Unmöglichkeit, den Stiftungszweck zu realisiren, kann und wird die Veranlassung zur Auflösung werden, ist selbst aber noch kein Auflösungsgrund. Uebrigens kann die Kirche, aus deren Willensabzweigung das Substrat des Stiftungsträgers zu entstehen pflegt, die kirchliche Stiftung in ihrer privatrechtlichen Trägerschaft ebensowenig vernichten, als eine solche Befugniſs dem gewöhnlichen Stifter innewohnt. Die Auflösung müſste durch Entziehung der Privatrechtsfähigkeit erfolgen: Hier ist aber einzig und allein der Staat zuständig. Anders steht es in dieser Beziehung mit den kirchlichen Corporationen, deren Träger, eine publicistische Schöpfung der Kirchengewalt, immer der Vernichtung durch dieselbe gewärtig sein muſs. Mit Wegfall des Trägers sind aber auch dessen Attribute, hier also die Privatrechtsfähigkeit, *ipso iure* vernichtet. Eine Corporation des kirchlichen Privatrechts kann somit auf doppelte Weise zerstört werden: Erstens durch die kirchlicherseits erfolgende Zerstörung der publicistischen Trägerschaft, also durch Auflösung, und zweitens durch die staatliche Entziehung der Privatrechtsfähigkeit.

Von unserer Theorie aus ergiebt sich auch die Unrichtigkeit der von den Motiven des badischen Stiftungsgesetzentwurfes v. J. 1869 [1] und dem einschlägigen durch Grimm erstatteten Commissionsbericht der zweiten Kammer [2] vertretenen Ansicht, daſs die Stiftungen in »niemands Eigenthum« stehen. Eine an sich schwierige Sache mit einem so dunklen und vielspaltigen Begriff, wie der der Resnulliusqualität ist, [3] erläutern wollen, ist von vornherein sehr bedenklich, und Schulte hat auf dieses Unterfangen bereits geantwortet: „Es ist unrichtig, daſs die Stiftungen niemands Eigenthum seien. Ist dies richtig, dann sind sie *bonum vacans*. Wenn sie aber *bonum vacans* sind, weshalb brauchen dann die Motive S. 14 erst zu sagen: „„Wenn die Stiftung thatsächlich oder rechtlich unmöglich wird, würde ihr Vermögen, streng genommen, als *bonum vacans* dem Fiscus als f r e i e s Eigenthum zufallen?““ [4] Wenn wir auch

[1] S. 17.

[2] S. 22, 59, 64, 71. Vgl. auch Edg. Loening (Ztschr. f. bad. Verwaltung 1869, S. 279, 320.)

[3] Darüber im III. Theil.

[4] Gutachten über den (badischen) Gesetzentwurf: die Rechtsverhältnisse

zugestehen müssen, dafs die Auffassung der Motive und des Commissionsberichtes in etwa abgeschwächt erscheint durch die Gleichsetzung der Resnulliusqualität und der Selbständigkeit der Stiftung,[1] so ist sie doch als eine völlig schiefe und unlogische zu verwerfen. Ist die Stiftung eine »juristische Person«, dann wird das Stiftungsvermögen von dieser besessen, ist also immer in Jemandes Eigenthum, und es handelt sich blofs darum, diesen Jemand begrifflich zu bestimmen. Hierfür ist aber nichts gewonnen, wenn man mit der herrschenden Ansicht, und wie auch Schulte durchblicken läfst,[2] die Stiftung selbst als den Rechtsträger erklärt und sie gleichmäfsig als Rechtssubject wie als Rechtsobject begreift. Noch weniger einleuchtend ist der Versuch der Curialisten, die kirchlichen Stiftungen kurzhin als im »Eigenthum der Kirche« befindlich darzustellen, wie es Rofshirt im Anschlufs an eine, auch von Canonisten mitunter vertretene Doctrin in dem „Minderheitsgutachten über den (badischen) Gesetzentwurf, die Rechtsverhältnisse und die Verwaltung der Stiftungen betreffend“ S. 4 f. gethan hat. Gerade gegen diese Auffassung wenden sich ja mit Erfolg die Motive und insbesondere der Grimm'sche und Herrmann'sche Commissionsbericht,[3] indem sie die besondere Persönlichkeit der Stiftungen betonen. Die Aufgabe der Opposition wäre gewesen, den selbständigen Persönlichkeitscharakter der Stiftungen mit diesem »Eigenthum der Kirche« in rechtlichen Einklang zu bringen, ohne die veralteten Ideen von einem Ob- und Untereigenthum u. s. w. wieder gangbar zu machen. Prestinari hat zwar das erste versucht,[4] ist aber, wie wir noch bei einer andern Gelegen-

---

und Verwaltung der Stiftungen betr., 1869, S. 7. Vgl. auch Prestinari, Ztschr. für bad. Verwaltung 1869, S. 274.

[1] Motive, S. 17: „Stiftungen, die in Niemandes Eigenthum, sondern selbständige Rechtssubjecte sind.“ Commissionsbericht, 64: „Auch kirchliche Stiftungen sind in Niemandes Eigenthum, vielmehr selbständige Rechtssubjecte.“ S. 71: „Die Stiftung selbst ist in Niemandes Eigenthum, weil sie eine selbständige juristische Person ist.“ Vgl. auch S. 12 u. 66 und den Commissionsbericht der ersten Kammer (Herrmann), 429 (Beilage N. 480 z. Protokoll der 23. Sitzung v. 12. März 1870). Ferner Edg. Loening, Zeitschr. f. bad. Verwaltung 1869, S. 279, 320.

[2] A. a. O. 7. — [3] Vgl. N. 1.

[4] Insbesondere S. 302 (Zeitschr. für badische Verwaltung 1869): „Die

heit ausführen werden, dem bezeichneten Fehler verfallen. Die Lösung unseres Problems wird nur durch die Willenstheorie ermöglicht: Träger des Stiftungsvermögens oder der Stiftung ist der Stifterwille, der sich in dem dauernden Zweck verewigt und so eine Person wird. Kirchliche Stiftungen aber werden dadurch existent, dafs die Kirche mit der Uebernahme des Vermögens den Willen des Stifters zu dem ihrigen macht und die Stiftung selbst errichtet. So ist die kirchliche Stiftung eine »juristische Person«, und Träger derselben ist der dem ursprünglichen Stifterwillen conforme kirchliche Theil- oder Sonderwillen, damit aber das Stiftungsvermögen, wie wir später zu zeigen haben, Kirchengut, d. h. Eigenthum der Kirche. Der Versuch der Motive und des Grimm'schen Commissionsberichtes, den Stiftungen die privatrechtliche Grundlage zu nehmen und sie als publicistische Institute zu erklären,[1] ist durchaus verfehlt. Durch unsere Theorie widerlegt sich auch die durch jenes Stiftungsgesetz (§ 10) begründete Competenz des Verwaltungsgerichtshofes bei gewissen Stiftungseigenthumsstreitigkeiten, sowie die von Grimm entwickelte staatliche Verwaltungstheorie bezüglich der Stiftungen im Allgemeinen. Weil er in der Stiftungssubjectivität nichts von einem Willen bemerkt, der allein die rechtliche Grundlage von Verwaltungsbefugnissen sein kann, glaubt er diesen ersetzen zu müssen durch die Alles umfassende Fürsorge des Staates, und der Stifterwille findet im Gegensatz zum badischen Gesetz v. 9. Octbr. 1860, § 10, bei ihm, wie bei Herrmann,[2] dem Berichterstatter der ersten Kammer, erst in zweiter Linie eine Berücksichtigung. Diese Theorie entbehrt aber ihrer Grundlage, denn das Stiftungssubject, als Wille gefafst, ist vor seiner Erstarrung wohl in der Lage, die Verwaltung seiner Angelegenheit selbst anzuordnen, und dem Staat liegt die sittliche Pflicht ob, die

---

Kirche ist aber ihren einzelnen Stiftungen gegenüber nicht eine unberechtigte dritte Person; die letzteren bestehen nicht selbständig neben, sondern in der Kirche." Desgl. S. 74: „Die Landeskirche hat ihr Dasein in diesen einzelnen Rechtssubjecten, und die letzteren existiren nur in der Landeskirche, nur durch und für sie."

[1] Grimm, S. 34, 66 f., 69, 70, 72. Desgl. Loening (Ztschr. f. bad. Verwaltungsrecht 1869, S. 280, 292).

[2] S. 434.

in gesetzlichen Schranken sich bewegenden Willensobjectivirungen anzuerkennen und zu schützen. Dieser allein richtige Standpunkt, in Verbindung mit der Wahrheit, dafs die Verwaltungsrechte, wenn sie auch den verschiedenartigsten Rechtsgrund haben können, doch dem Eigenthümer principiell und in erster Linie zukommen,[1] ist bezüglich der kirchlichen Stiftungen um so nachdrücklicher zu betonen, als der Rechtsträger der kirchlichen Stiftungen nichts anders als der verselbständigte Theil des kirchlichen Gesammtwillens ist und deshalb zahlreiche, durch eine fast zweitausendjährige Entwicklung geschulte Verwaltungsorgane kirchenverfassungsmäfsig besitzt.[2]

Mit der hier entwickelten Theorie widerlegt sich auch ein anderes Bedenken: Savigny[3] macht darauf aufmerksam, dafs Vermögensrechte, „abgesehen von besonderen Familienverhältnissen und einigen einzelnen minder wichtigen Fällen, nicht von selbst entstehen, sondern nur durch Handlungen erworben werden“, und dafs Handlungen „ein denkendes und wollendes Wesen“ voraussetzen. Dafs „die juristischen Personen als blofse Fiction“ dies „nicht sind“, giebt er selbst zu, und er spricht daher von einem „innern Widerspruch“. Dieser Widerspruch besteht bei uns nicht, denn uns sind die »juristischen Personen« keine Fictionen, sondern reale Willenswesen. Und wenn Savigny diesen Wider-

---

[1] Wir können dies so ausdrücken: das Eigenthumsrecht umschliefst begrifflich und principiell das Verwaltungsrecht, welches letztere infolge zwingender Verhältnisse (z. B. beim Wahnsinn des Eigenthümers) allerdings nicht ausgeübt werden kann; aber nicht jedes Verwaltungsrecht beruht auf einem Eigenthumsrecht. In beiden Punkten wurde schon oft gefehlt, insbesondere aber schlofs man aus vorhandenen Verwaltungsbefugnissen mit Vorliebe auf ein Eigenthumsrecht, wonach dann freilich auch der Vormund Eigenthümer des Mündelvermögens sein müfste.

[2] Das ist denn auch der Grund, weshalb viele die kirchliche Stiftung geradezu als eine solche erklären, deren Verwaltung und Vertretung durch die Kirchenorgane erfolgt, so z. B. Weber, Systemat. Darstellung des im Königr. Sachsen gelt. K.-R. II. 568. Wenn wir diesen Definitionsversuch auch als mifslungen erachten müssen, so liegt ihm doch die richtige Auffassung zu Grund, dafs in erster Linie der Stifterwille die Verwaltungsfrage zu ordnen hat, und dafs der kirchliche Stiftungsträger oder specialisirte Kirchenwille sich dieses Rechtes wohl nie vergiebt.

[3] System, II. 282.

spruch durch eine verfassungsmäſsig geordnete »Vertretung« lösen zu können glaubt, so irrt er: denn vertreten kann ich nur das, was wirklich ist, und eine Willensvertretung ist nur da denkbar, wo ein Wille überhaupt existirt. Auch der von Savigny angeführte „ähnliche Widerspruch (wie wohl in geringerem Grade) bei Unmündigen und Wahnsinnigen“ greift hier nicht Platz, oder besser gesagt, besteht überhaupt nicht. Denn der Wahnsinnige und Unmündige besitzt einen Willen, nur ist dieser das eine Mal noch nicht genug zur erfolgreichen Selbstbethätigung entwickelt, und das andere Mal ist er, wie auch beim Verschwender, in gefährlichen, eigenschädlichen Bahnen befindlich: eine Vertretung macht hier somit heine Schwierigkeit.

§ 11.

2. Das Rechtssubject der Corporation.

In der Corporation bemerken wir eine Vielheit von Einzelnen. Sobald eine Vielheit organisch geeint ist (man denke nur an das oben gewählte Beispiel vom Stein), wird diese „ein ganz neues, von den Einzelnen unterschiedenes, reales und existentes Wesen.“ [1] Diese organische Einigung schafft also nicht etwa bloſs eine gedachte, sondern eine wirkliche Einheit. Als Formel für dieses Princip führt Zitelmann an: $A + B = C$ im Gegensatz zu $A + B = (A + B)$, und die von ihm den verschiedenen wissenschaftlichen Gebieten und dem alltäglichen Leben entlehnten Beispiele beweisen, daſs dieses Princip ein fruchtbares ist. Auch Kant widmet diesem Gegenstand seine Aufmerksamkeit, und er nannte den Satz: $7 + 5 = (7 + 5)$ ein analytisches, dagegen $7 + 5 = 12$ ein synthetisches Urtheil, denn 12 sei eine ganz neue, von $7 + 5$ völlig verschiedene selbständige Gröſse. [2]

Der Meteorstein besteht nur aus Stoffen, die sämmtlich auf der Erde vorkommen, und doch giebt es in dieser Zusammensetzung auf Erden nicht seines Gleichen. Ist ferner der Wald, das Haus, ein bloſses Conglomerat von einzelnen Bäumen und Steinen?

---

[1] Zitelmann, 79.

[2] Kritik der reinen Vernunft (Kirchmann), 58.

Solche geeinte Collectivwesen sind in der Jurisprudenz das Eigenthum, das Vermögen, die *universitas bonorum*, nicht minder aber auch die *universitas personarum*. Das Einheitsmoment hat einen sprechenden Ausdruck gefunden in der dem Azo zugeschriebenen Definition des Pillius: „*collegium est personarum plurium in corpus unum quasi coniunctio vel collectio, quod generali sermone universitas appellatur.*“[1] Johannes Andreae findet die Einheit schon etymologisch gefordert: „*univ. dicta est ab universo, et universum dicitur quasi in unum versum.*“[2] Wir erkennen mit Zitelmann[3] folgende Sätze als richtig an:

1. Die Einheit ist eine existente reale Gröfse.
2. Die Einheit ist etwas Anderes als die blofse Summe ihrer Theile.
3. Die Einheit trägt diejenige Qualität an sich, welche die verschiedenen geeinten Einzelnen gemeinsam haben.

Da nun der Mensch nach seiner rechtlichen Wesenheit nur als Willensträger in Betracht kommt, können wir sagen: die aus einer Vielheit von Menschen bestehende Corporation und Genossenschaft ist nicht die Summe, sondern die Einheit ihrer Willen, sie ist ein fertiger Gesammtwille, nicht blofs gedacht, sondern wirklich. Dieser Auffassung wird insbesondere von Bolze, Schlofsmann und Windscheid widersprochen.[4] Ersterer meint: „Wer trotzdem die Einheit im Handeln und im Willen behauptet, mufs nachweisen, wie sie zu denken sei.“ Darauf ist zu bemerken: Die Schwierig-

---

[1] Summa zu Cod. 11, 17 N. 1.

[2] Nov. c. 5 in VI⁰ 5, 11 N. 7.

[3] S. 92 f.

[4] Bolze, S. 87: „Eine wollende Corporation kann es nur im wollenden Menschen geben; diese trennen aber ihre Willenskräfte nicht von ihren übrigen Kräften, so dafs ich keinen Weg sehe, wie etwas Reales (Substantielles) durch eine Vereinigung zu Stande kommen soll, vielmehr scheinen mir die Individuen gegen solche Vereinigung eines Theils ihres Geistes gerade so viel Widerstand entgegenzusetzen, wie ihre Körper, welche freilich getrennt bleiben, wie besonders vorbehalten wird.“ Schlofsmann, der Vertrag, 87: „An die Zweieinigkeit der Willen kann man nur glauben; wissenschaftlicher Erkenntnifs entzieht sie sich wie alles Mystische.“ Windscheid, Pand. 1875, I. 127: „Der Beweis dafür, dafs die Willen der Corporationsmitglieder eine Einheit in der Wirklichkeit und nicht blofs für die Vorstellung bilden, ist nicht erbracht.“

keit liegt nicht so sehr in der Wirksamkeit als in der Entstehung der Einheit. In letzterer Hinsicht gilt Folgendes: Eine Vielheit von Menschen wird sich Eines Willens bewufst, und diese sich als gleichartig erkennenden Willen verewigen sich in freiwilliger Bindung im Constituirungsact zur stiftungsähnlichen eigenen Sonderexistenz. So zweigten die deutschen Particularstaaten in freiwilliger Entäufserung einzelne Machtsphären zu Gunsten eines neu entstehenden selbstgewollten Machtträgers, des Deutschen Reiches, ab, und kraft dieser freiwilligen Bindung trat dieser neue, in sich einheitliche Willensträger nach dem Inhalt der allerdings noch nicht auf dem Princip der Einheit, sondern der Gesammtheit entstandenen Willensacte (sonst ist dies die constituirende Versammlung) mit dem 1. Januar 1871 ins Leben.

Was aber die einmal bestehende Corporation anlangt, so erklärt sich das Geheimnifs, dafs eine Körperschaft mit 1000 Köpfen denkt und ebenso vielen Zungen spricht und doch als Einheit beschliefst, durch das Statut resp. die Verfassung, welche einem auf bestimmte Weise gewonnenen Willensergebnifs die Bedeutsamkeit eines wirklich-einheitlichen Willensausdruckes sichert, nicht etwa blofs anfingirt. An und für sich nur eine Gesammtwillensentschliefsung, wird der Corporationsbeschlufs, indem er durch die Verfassung wie durch einen Filtrirapparat hindurchgeht, ein in sich selbständiger Einheitsbeschlufs. Die Reichstagsabstimmung bewirkt an und für sich allerdings nur einen Gesammtheitsbeschlufs, nachdem aber der Präsident in Erfüllung der Verfassungs- und Geschäftsordnungsbestimmung denselben verkündigt hat, erscheint dieser nicht blofs, sondern ist er thatsächlich der wirkliche einheitliche Willensbeschlufs des Reichstags. Zum Schlusse müssen wir bemerken, dafs — die Sprödigkeit des Geistes im Bolze'schen Sinne vorausgesetzt, — die Construction einer einheitlichen Verbindung ganz ähnlichen Schwierigkeiten unterliegt, wie eine solche der organisirten Einheit.

Im Wesen sind sich die bis heute entwickelten beiden Erscheinungsweisen einer collectivistischen Einheitsträgerschaft, die römischrechtliche Corporation und die deutsch-rechtliche Genossenschaft, völlig gleich; insbesondere gebührt Beseler, der den letzteren *terminus technicus* wieder in Aufnahme gebracht hat, das Verdienst, die Genossenschaft als einen Verein mit selbständiger Rechts-

persönlichkeit begriffen zu haben, wenn auch die weitere Definition als eine „auf freier Vereinigung beruhende deutschrechtliche Körperschaft“ noch nicht geeignet erscheint, die specifische Eigenthümlichkeit derselben vollständig zu verstehen.[1] Den nicht wegzuleugnenden Unterschied zwischen Corporation und Genossenschaft suchen wir mit Gierke[2] darin, dafs die in Anlehnung an den deutschen Individualismus gebildete genossenschaftliche Körperschaft die Gesammtpersönlichkeit sowie ihr ganzes Leben nur aus ihren eigenen Gliedern schöpft, sich im selbstgewollten eigenmächtigen Triebe frei gestaltet, nur um der Einzelnen willen da ist und nach dem Aufhören der Vereinigung in diesen ein verkümmertes Theilleben weiterführt. Dieser Grundzug äufsert selbstverständlich schon während der Existenz dieser Einheitsbildung seine Folgen, und so statuirt Förster in seinem stets der Praxis zugewandten Sinn als unterscheidendes Merkmal zwischen Genossenschaft und Körperschaft die Haftpflicht, die bei der Corporation ausschliefslich die Einheitswesenheit, bei der Genossenschaft subsidiär den Einzelnen treffe.[3]

Die römisch-rechtliche Corporation dagegen,[4] insbesondere nach der durch die Canonistik vollzogenen anstaltlichen Ausprägung, welche eher dem alten Herrschafts- als dem Genossenschaftsbegriff

---

[1] Ueber die vielen widerspruchsvollen Erklärungsversuche giebt jedes Lehrbuch des Deutschen Privatrechts Auskunft. Wolff (Pr. R., § 109). Mittermaier (Pr. R., § 557), Weiske (N. Jahrb. f. Gesch. u. Polit. I. 244 f.), Bluntschli (Pr. R., § 139) sehen in der Genossenschaft ein (juristisch noch unconstruirbares) Mittelding zwischen Körperschaft und Gesellschaft. Mit der technischen Bedeutung der »Genossenschaft« ist nur die in ihrer Entwicklung vollendete Rechtswesenheit verträglich. Die vielen Rechtsgemeinschaftsformen (Gierke II. 923 ff.), welche noch nicht zur fertigen, selbständigen und einheitlichen Existenzform gelangt sind, die aber hin und wieder auch »Genossenschaft« genannt werden, sind hier ausgeschlossen.

[2] I. 1020—1030 u. a., II. 865 ff.

[3] Preufs. Privatr. IV. (1873), 382 f. Eccius hat sich in der von ihm besorgten 4. Auflage dieses vorzüglichen Lehrbuchs in gleicher Weise gegen die Auffassung Försters als diejenige von Gierke und Beseler ausgesprochen (IV. 709), ohne jedoch selbst zu einem positiven Resultat zu kommen.

[4] Gierke, I. 241, 691, 754 f., 974; II. 538, 539, Band III.: „Die Staats- und Corporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland,“ besonders § 6 u. 8.

verwandt ist, ist kein solcher aus sich heraus zur Einheit organisirter Gesammtwille, der in den verschiedenen Theilwillen seinen schöpferischen Ursprungsgedanken und in deren Plänen das Ziel seines Bestandes hätte; sondern ein höherer, aufserhalb und oberhalb dieser Rechtsgemeinschaft waltender Alleinwille verleiht der von ihm gewollten Vereinigung Bestimmung und Existenzberechtigung und schafft dadurch, dafs er dieselbe als Werkzeug seiner Ideen nutzt, die Grundlage ihrer Persönlichkeit. Die Corporation ist zwar auch eine Verbandseinheit, aber sie erscheint mehr als ein von einem fremden Willen geleitetes Personenganzes; der rechtsbildende Ursprungswille hat mehr die Form eines sich zur anstaltlichen Erstarrung bestimmenden Stiftungswillens, als eines stets beweglichen Einzelwillens, die Verbandseinheit selbst mehr das Aussehen einer Anstalt als das einer Genossenschaft. [1]

Diese Anschauung hat durch die canonistische Wissenschaft ihre schärfste Zuspitzung erhalten und ist heute nicht blofs in manchen weltlichen Corporationen, in welchen sich der einheitliche Staatswille zur Sonderexistenz abzweigt und localisirt, sondern ganz besonders und ausnahmslos bei kirchlichen Körperschaften bestimmend. Mögen einzelne derselben, wie z. B. die Bruderschaften, im minderen Mafse auch die Capitel, durch die Zeitströmung begünstigt, sich mitunter einer genossenschaftsähnlichen Selbständigkeit erfreut haben, derartige Anomalien wurden durch die Folgezeit alsbald wieder weggeschwemmt. Die kirchlichen Corporationen werden nicht so sehr bestimmt durch einen der Gesammtheit entwachsenen Einheitswillen, als vielmehr durch den göttlich-kirchlichen Alleinwillen, der sich in dem Personenganzen wie in einer Anstalt verewigt, ihm Odem einflöfst und Berechtigung verleiht.

Die anstaltliche Ausprägung kann selbstverständlich bald mehr,

---

[1] Die Corporation besteht hiernach nur als Einheit, die Genossenschaft aber hat neben dem scharf entwickelten Einheitsmoment auch der Vielheit noch Rechnung getragen. Ob wir dabei die Genossenschaft als eine in ihrer einseitigen Einheitsentwicklung gehemmte, oder in bewufster Rücksichtnahme von vornherein zu dieser Entwicklung bestimmte Körperschaft aufzufassen haben, kann hierbei dahingestellt bleiben. Auch hier giebt es Mischformen, und man kann corporative Genossenschaften und genossenschaftliche Corporationen unterscheiden.

bald weniger scharf vollzogen sein, sie kann auch bei derselben Vereinigung zu verschiedenen Zeiten sehr verschieden sein. Die Rechtsgeschichte überliefert hier die wechselreichsten Mischformen, und Gierke hat, um hier wieder feste Anhaltspunkte zu gewinnen, zwischen den Anstalten und Corporationen noch eingeschoben: „Anstalten mit corporativer Verfassung“ und „Körperschaften mit anstaltlicher Spitze.“ [1] Dieses hat gewiſs unsere Billigung, wir können jedoch Gierke nicht beistimmen, wenn er für die Rubricirung folgende Ueberlegung als leitenden Gesichtspunkt aufstellt: „Die ersteren sind durchaus als Anstalten zu betrachten; die auſser-„halb der Gesammtheit stehende anstaltliche Einheit ist bei ihnen „das Primäre und Entscheidende, die corporative Vereinigung der „Gesammtheit das Abgeleitete und Untergeordnete; der corporative „Organismus ist bei ihnen weder durch sich selbst noch um seiner „selbst willen vorhanden, sondern er ist nur ein Mittel für die „bessere Erreichung des Anstaltszweckes.“ Hiernach wären die heutigen Domcapitel ohne Zweifel nur „Anstalten mit corporativer Verfassung“,[2] und doch stimmt Gierke[3] der Huller'schen Untersuchung bei, wonach die heutigen Domcapitel wahre Corporationen sind.[4]

Für uns ist folgende Ueberlegung bestimmend: Mag der höhere Alleinwille die Vereinigung immerhin veranlassen und ihr die Richtung weisen, ja mag sich die ganze Vorgeschichte auſserhalb der constituirten oder verfaſsten Vielheit abspielen, sobald das Ganze diese Ideen als die seinigen erkennt und sich zur Trägerschaft derselben bekennt, haben wir eine Corporation und keine Anstalt. Wer hält es denn auch im praktischen Leben für rechtlich relevant, daſs die von Jemand vertretenen Ansichten dessen eigenem Gehirn

---

[1] II. 974.

[2] Wirklich sagt er II. 556: „Im Sinne des canonischen Rechtes sind auch sie (d. h. die Capitel) ihrem eigentlichen Wesen nach jederzeit kirchliche Anstalten gewesen, wenn auch Anstalten mit corporativer Verfassung.“ Aehnlich 538 f.

[3] I. 288 f.; II. 538 f.; III. 269[68].

[4] Savigny begnügte sich noch mit der Erklärung, daſs „die Domcapitel und Chorherrnstifter zwar kirchliche Institute, zugleich aber wahre Corporationen“ seien. Wenn hier »Institut« im technisch-juristischen Sinn gebraucht ist, was man doch wohl annehmen muſs, dann ist ein Widerspruch vorhanden, der gelöst werden muſs.

entsprungen sind, genug, dafs er sie als die seinigen vertritt! Wie sehr die rechtliche Selbständigkeit und Integrität auch derjenigen, welche im Dienste eines fremden Gedankens thätig sind, gewahrt wird, ersieht man z. B. daran, dafs nicht der Mandant, sondern der Mandatar als wahrer Contrahent angesehen wird, indem dieser selbst den zum Vertragsabschlufs erforderlichen Willen zu fassen hat, und dafs der Vertrag gerade durch diesen Willen des Mandatars zur Existenz kommt, was für die Frage des Irrthums von mafsgebender Bedeutung ist. [1]

Corporation und Anstalt liegen nahe bei einander. [2] Allerdings steht sehr viel im Weg, in der Weise des Justinianeischen Rechts sowie der Glossatoren und auch des preufsischen A. L. R. die Anstalt als Körperschaft zu formuliren, dagegen begreift man die Auffassung des Mittelalters von der Körperschaft als Anstalt. Doch wenn auch der enge Zusammenhang zwischen Corporation und Stiftung erwiesen ist, so dürfen dabei nicht die principiellen Verschiedenheiten derselben vergessen werden.

In der Anstalt oder Stiftung findet der Einzelwille den Weg zur Unsterblichkeit; er hält den von ihm beseelten Anstaltsorganismus zusammen und führt eine von der Veränderungsbedürftigkeit losgelöste, für sich seiende und gleichbleibende Daseinsweise. Träger ist der erstarrte Einzelwille. Bei der Corporation ist ein Alleinwille allerdings bestimmend für eine anstaltsmäfsige Willensverewigung, aber er ist nur der einflüsternde und beseelende Geist, nicht der rechtstragende Factor. Getragen wird die Corporation vielmehr von der mit der Constituirung gegebenen, durch den Einheitszweck organisirten Personeneinheit, welche sich zur

---

[1] Eine wirkliche „Anstalt mit corporativer Verfassung" liegt dagegen vor in vielen Armen-, Kranken- und Versorgungsanstalten des Mittelalters, die zwar selbst das Rechtssubject ihres Anstaltsvermögens waren, wogegen in den Aufgenommenen eine wohlorganisirte Gesammtheit bestand, welche das von ihnen beigebrachte oder von Anderen begründete Stiftungsgut genossen und verwalteten. Das sieht dann aus wie eine Corporation. Die Vermögensgenossenschaft und der Genossenschaftsfonds scheinen ja ebenfalls nicht selten gleichzeitig Rechtsträger zu sein. Welche Schwierigkeiten hier für die juristische Technik erwachsen, zeigt am besten die fast nicht mehr zu bewältigende Streitliteratur über die rechtliche Natur der Actiengesellschaft.

[2] Vgl. insbesondere Gierke, I. 1015; II. 958 ff., 968, 971 ff.

Uebernahme der zugetragenen Ideen bereit erklärt. Von hier aus sind Corporationen und Genossenschaften begrifflich-rechtlich gleich. Wenn die vernünftigere Jurisprudenz selbst die Expropriation trotz des Zwangsmoments als Kauf auffaſst, weil das Freiheitskriterium und die von innen heraus erfolgende Selbstbestimmung nicht mehr das Wesen des Rechtsverhältnisses berührt, dann darf die nur in der Richtung einer fremden Macht geübte, im übrigen aber selbstgewollte und freiwillige Bethätigung rechtlich gewiſs nicht anders beurtheilt werden, als die im schöpferischen Triebe nach ureigener Selbstbestimmung erfolgende Willensobjectivirung.

Rechtsträger der Corporation ist nicht der lebengestaltende Alleinwille, sondern, wie bei der Genossenschaft, der in der Verbindung einheitliche und die anstaltlichen Zwecke realisirende Gesammtwille. Diese Zwecke werden nicht getragen von dem Ursprungswillen, der sich der Corporationsmitglieder nur als Mittel bedient; sondern in und mit der Constituirung hat die personale Collectiveinheit diese Zwecke zu den ihrigen erklärt und die von dem vorbereitenden Ursprungswillen geplante Rechtsträgerschaft übernommen, um kraft eigenen Willens den Anstaltsgedanken zu verwirklichen. Uebrigens ist die Corporationsbethätigung nie so sehr von vornherein normirt, daſs man die Körperschaft selbst nur ein durch eine fremde Kraft dirigirtes Puppenspiel nennen dürfte. So hat z. B. das Domcapitel Recht und Pflicht, den Bischof zu wählen, freilich als eine durch den kirchlichen Ursprungswillen gegebene und festumgrenzte Befugniſssphäre, es übt aber innerhalb dieser Grenzen jenes Recht *in concreto* selbständig und von dem Alleinwillen unabhängig aus, vor Allem bezüglich der Personenfrage.

§ 12.

Die anstaltsähnliche Form der Personeneinheit.

Träger der Corporationsrechte ist die organisirte Einheit. Seitdem v. Savigny darauf hingewiesen hat, daſs das Wesen der Körperschaft nicht schon in der „Totalität der Mitglieder“ beruht, ist dies fast allgemein anerkannt, und die Ausführungen Bolzes sind keineswegs danach angethan, dieses Dogma zu entkräften; die schwierige philosophische Frage der Construction der Einheit in der Vielheit

hat dieser offenbar zu leicht genommen. Man wird aber auch sagen können, dafs diese Frage in der Corporationslehre überhaupt noch nicht die gebührende Berücksichtigung gefunden hat. Haben wir uns z. B. diese Einheit als die Einheit der jeweiligen Mitglieder oder aber als eine solche zu denken, die mit der ersten Constituirung für immer, mit einer anstaltlich verhärteten Einheitsbasis gegeben ist? Was die publicistische Rechtssubjectivität betrifft, so werden wir die Corporation allerdings als die Einheit der jeweiligen Gesammtheit auffassen müssen, das erklärt sich aus den Gründen der öffentlichrechtlichen, von Personenfragen abhängigen und bedingten Bethätigung und läfst sich aus der positiven Gesetzgebung begründen. Sind diese Gesichtspunkte aber auch mafsgebend auf dem Gebiet des Vermögensrechtes, wo der Zug zur Veranstaltlichung ebenso berechtigt ist, als er sich in der nachhaltigsten Weise zur gesetzgeberischen und wissenschaftlichen Anerkennung durchgerungen hat? Wir werden nun sagen müssen: auch die Corporation des Vermögensrechts ist die Einheit der jeweiligen Gesammtheit.

Die Corporation wird bei ihrer Constituirung auf den Einheitswillen der Constituenten errichtet. Diese Einheit wird erzielt durch die bewufste gemeinsame Willensbindung in der Richtung des Alleinwillens. Die so geschaffene und beschaffene Willensmacht soll nach der Absicht des Ursprungswillens für alle Zeiten das unverrückbare Fundament, der immer dauernde Träger seiner Absichten sein. Das darf man aber nicht in dem Sinn einer stiftungsmäfsigen Verewigung der bei der Constituirung vorhandenen concreten Willensträger auffassen, so etwa, dafs nur diese durch die erste Vereinigung geschaffene Individualeinheit für immer Träger der Corporationsrechte sein solle, wie auch der erstarrte Wille des Stifters für immer Subject der Stiftungsrechte bleibt. Es würde sich nach einer solchen Auffassung allerdings bei einer geeinten Vielheit wiederholen, was man bei dem Einzelnen geübt sah, übrigens bliebe aber das Verhältnifs der Ursprungscorporation zu der Einheit der jeweiligen Mitglieder ein unlösbares Räthsel. Der Begriff des Flusses, des Baches vollendet sich in der gebundenen, nach einer bestimmten Richtung strebenden und dadurch als eine Einheit ersichtlichen und wirksamen Wassermenge. So erschöpft sich

auch der Begriff der Corporation in der freiwilligen Gebundenheit der auf ein gemeinsames Ziel gerichteten und dadurch als actuelle Willenseinheit wirksamen Vielheit. Die zufliefsenden Gewässer werden absorbirt, man sieht nichts mehr von ihnen, man sieht nur den Flufs. So werden die eintretenden Corporationsmitglieder mit Theilhaber der Willensconcordanz, ohne dafs sich nach Aufsen eine Veränderung zeigt. Von einer *successio* kann hier keine Rede sein, vielmehr haben wir hier ein der sachenrechtlichen *confusio-commixtio* analoges Verhältnifs, welches in seiner Eigenartigkeit begriffen werden mufs. Mit jedem Augenblick ist der Flufs, auf seinen concreten Gehalt geprüft, ein anderes Wesen. Der Laie sieht immer nur den alten Flufs, wie der Philosoph, der nur das Bleibende sucht in der Erscheinungen Flucht.

Bei den Corporationen ist die Harmonie dieser anscheinend so widerspruchsvollen Thatsachen besonders herrlich vollzogen. Der rechtstragende corporative Einheitswille ist nach seiner objectivinhaltlichen Seite der Wille der Constituenten, nach seiner subjectivwollenden Seite dagegen der einheitliche Wille der jeweiligen Mitglieder. Wir haben dieselbe Erscheinung bei der Constituirung. Die Constituenten in ihrer organisirten Einheit w o l l e n s e l b s t, aber sie wollen nur das von dem höheren Alleinwillen G e w o l l t e, so will auch später die Einheit der vorhandenen Mitglieder, aber sie will nur das in und mit der Constitution Gewollte. In dieser Uebereinstimmung des Subjectiven mit dem Objectiven liegt das ganze Geheimnifs, nur dadurch gewinnt es den Anschein, als sei immer noch die in der Constitution begründete erste actuelle Einheit Trägerin der Corporationsrechte; nur so kommt die Täuschung, die Corporation sei eine Anstalt.

Aus dieser Auffassung ergeben sich wichtige Consequenzen.

1. Mit dem Aussterben oder dem Austritt sämmtlicher Mitglieder hört die Corporation auf zu bestehen. So bestimmt das Sächs. Bürgerl. G. B. (§ 56): „Juristische Personen hören auf . . . soviel Personenvereine betrifft, wenn sämmtliche Mitglieder gestorben sind.“ Windscheid[1] statuirte für das gemeine Recht Ausnahmen.

---

[1] Pand., § 61, N. 3.

und Huller[1] meint, wie später Lehmkuhl,[2] ganz allgemein: „Wenn hier-„nach eine Corporation auch noch in einem einzigen Gliede fortlebt, so „muſs consequent angenommen werden, daſs dieselbe auch nach dem „Hinwegfallen dieses Gliedes noch fortdauere, da beim Vorhandensein „eines Gliedes von einem Personenverein ebensowenig die Rede sein „kann, als wenn momentan gar kein Glied mehr existirte." Wenn ferner auch v. Savigny,[3] Arndts[4] und anscheinlich auch Gierke[5] Corporationen mit dauerndem Zweck nach dem Tod aller Mitglieder fortbestehen lassen, so ist das nur die bereits von Innocenz IV.[6] im 13. Jahrhundert, überhaupt der mittelalterlichen Canonistik,[7] und im 16. Jahrhundert von Andreas Gail,[8] Vigelius[9] und Klock[10] vertretene, aber mit l. 21 D. 7, 4 unverträgliche Lehre. Wir müssen uns mit Puchta,[11] Koch,[12] Unger,[13] Stobbe,[14] Brinz,[15] über-

---

[1] Die Jur. Persönlichkeit der Domcapitel, S. 8.

[2] Stimmen aus Maria Laach VIII. 269 f.

[3] System II. 280.

[4] Pand., § 45.

[5] III. 183 [189]: „Die Frage, ob gewisse Corporationen als solche auch ohne alle Mitglieder fortbestehen können, hat erst das Mittelalter aufgeworfen; es läſst sich höchstens sagen, daſs die Quellen der Bejahung kein Hinderniſs bieten." Die Entscheidung ist aber schon genügend durch die Art und Weise gegeben, in welcher die Quellen die Controverse über das Fortleben der Corporation in einem einzigen Mitglied entscheiden.

[6] *Apparat. in lib. V. Decret. c. 30 X. 3, 8, N. 1; c. 4 X. 2, 12, N. 4,* Ebenso Gl. z. c. 22 in VI⁰ 1, 6 v. *„collegiatas"*.

[7] Vgl. Gierke III. 411 [238], 350.

[8] *Practicarum observationum libri duo, II. obs. 61, N. 5—9, obs. 54, N. 8—9: „civitatem a tyranno vel praedoribus destructam intellectu quodam sine ullo corpore materiali vivere et eius animam sine corpore exstare, proinde sua privilegia retinere, et si restauretur, iura, quae durabant habitu, etiam in actum ipso iure reduci."* Diese Anwendung erfolgt speciell auf die *„ecclesia"* in N. 14.

[9] *Methodus iuris controversi, III. c. 10. reg. 59 u. 67: „omnibus deficientibus ipsum deficit collegium, excepto ecclesiastico."*

[10] *Consilia III. cons. 147, N. 103 sqq.*

[11] Weiskes Rechtslexikon III. 77. Anders in den Pand., § 28.

[12] Preuſs. Privatr. I. 161.

[13] Oester. Privatr. I. 345.

[14] Deutsch. Privatr. I. 359.

[15] Pand. 1147.

haupt mit der herrschenden Ansicht,[1] gegen diese Auffassung erklären. Sie wäre nur richtig, wenn die erste actuelle Einheit der Constituenten in einer anstaltlichen Erstarrung Subject der Corporationsrechte wäre, und die jeweilige Willenseinheit nur unter dem Gesichtspunkt der Vertretung oder der Verwaltung in Betracht käme. Durch den Wegfall aller Mitglieder ginge daher nicht der Rechtsträger verloren, sondern es würde die Verwaltungs- und Vertretungsfrage nur der fürsorglichen Regelung durch die Behörde bedürftig.

2. Die Fortdauer der Corporation, welche zu ihrer Entstehung allerdings eine Mehrheit und zwar nach l. 85 D. 50. 16 drei erfordert,[2] ist durch das Vorhandensein nur eines einzigen Mitgliedes ermöglicht. Das sagt ganz deutlich l. 7 § 2 D. 3, 4.: „*Si*

---

[1] Das ist schon die Auffassung der Glossatoren: Gl. zu l. 66. § 7 D. *de leg. II. v. „non utendo“*, zu l. 21 D. 7, 4. *v. „Carthago“*. Insbesondere Gl. zu l. 7, § 2 D. 3, 4, *v. „nomen universitatis“: „item si nullus omnino remansit? Resp. Immo solutum esse collegium, et res in nullius bonis sunt sicut et haereditariae.“* Ebenso die Legisten, bei welchen die anstaltliche Auffassung der Corporationen nie eine so scharfe Zuspitzung erfahren hat wie bei den Canonisten. Odofred Lect. l. 7, § 2 D. 3, 4. Bartolus, Comment. l. 27, § 2 D. 50, 1. N. 2. Dabei spukte aber immer noch der Gedanke einer Wiedererstehung der ausgestorbenen Corporation und der alten Rechte, und Bartolus (l. 4 D. 47, 22. N. 24) schiebt zu diesem Zweck den Ort als interimistischen Rechtsträger ein: „*iura non pereunt, imo ipsa dicuntur retineri per illum locum, a quo denominabatur universitas*“. (Es war die Rede von der Universität Perugia.) Consequenter nahmen Andere den gleichzeitigen Untergang der Corporation und ihrer Rechte an, wollen der wiederhergestellten Körperschaft aber „*iuris artificio*“ die früheren Rechte vermitteln. Gierke III. 237 u. 412. Dieses Kunststück besteht also in der Fiction einer Universalsuccession.

[2] „*Neratius Priscus tres facere existimat collegium: et hoc magis sequendum est.*“ Hier ist der Sitz der Rechtsparömie: „*tres faciunt collegium*“. Vgl. auch l. 40, § 3 D 50, 16. Die Anwendbarkeit dieses Satzes auf die heutigen Rechtsverhältnisse wird übrigens von Pfeifer, Jur. Personen, 27 f.; Sintenis, Civilr. I., § 15, N. 28; Stobbe, Deutsches Privatr. I. 338 u. a. geleugnet. Gierke III., 144[56], hält diese Parömie weniger für einen Rechtssatz, als eine Observation über die geltende Praxis und den juristischen Sprachgebrauch. Die Vorschrift der l. 85 D. 50, 16, hat im Sächsischen B. G. B. keine Aufnahme gefunden. Auch die mittelalterlichen Canonisten hielten zur Bildung kirchlicher Corporationen schon Zwei für genügend. Die Belege bei Girke III. 436[78]. Die Auffassung Kochs von der Rechtsparömie (Preuß. Privatr. I. 170) ist falsch.

universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri: cum ius omnium in unum reciderit, et stet nomen universitatis.“ Denn *„non est novum, ut quae semel utiliter constituta sint, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt.*[1] In dieser Auffassung stimmte die civilrechtliche und Kirchenrechtswissenschaft des Mittelalters bereits überein, sie wird von den gemeinrechtlichen Civilisten der Neuzeit, insbesondere von Savigny,[2] ebenfalls vertreten, und hat im Preufsischen A. L. R. ihre gesetzgeberische Formulirung gefunden.[3]

Die Art und Weise jedoch, wie die Wissenschaft diese Rechtsnormirungen zu begreifen versuchte und noch begreift, läfst uns am besten einen Einblick in die ganze Verworrenheit der Corporationslehre thun. Vor allen Dingen ist hier, beim Wegfall der Vielheit, nichts mehr zu fingiren, und damit für die herrschende Lehre eine unüberwindliche Schwierigkeit gegeben.

Die natürlichste Erklärung wäre gefunden, wenn die in der Constituirung vorhandene erste actuelle Willenseinheit in ihrer stiftungmäfsigen Verhärtung oder gar der höhere Alleinwille das Rechtssubject der Corporation wäre. Dieser irrigen Anschauung stehen in der That die kirchlicherseits im Mittelalter unternommenen Erklärungsversuche sehr nahe, die das Corporationseigenthum im Falle der Auflösung oder der mangelnden Vielheit tragen lassen durch das Anstaltsgebäude, das auch *„durante collegio“* das wahre Subject sei.[4] Es ist das im Grunde dieselbe Auffassung wie diejenige des Bartolus, welcher den *„locus a quo denominabatur universitas“* als Rechtsträger einschiebt. Die mittelalterlichen Canonisten gehen durchgehends von einer geistig-anstaltlichen Auf-

---

[1] l. 85, § 1 D. 50, 17.

[2] System II. 276: „Fortdauern kann jede einmal begründete *universitas* auch noch in einem einzigen Mitglied.“

[3] II. tit. 6, § 177: „Corporationen und Communen dauern fort, wenn auch noch Ein Mitglied vorhanden ist.“ Vgl. auch den oben citirten § 56 des Sächs. B. G. B.

[4] Gierke III. 237.

fassung der kirchlichen Corporationen aus, und so rechtfertigt sich der Bestand derselben sogar nach dem Wegfall aller Mitglieder, davon gar nicht zu reden, wenn noch eins vorhanden ist. Diese Lehre ist besonders scharf bei Innocenz IV. entwickelt zu c. 30 X. 3, 8 N. 1 und c. 4 X. 2, 12 N. 4. Nach dem Tode aller Mitglieder bleibt des Collegiums *„proprietas . . penes Christum, qui vivit in aeternum vel penes universalem vel singularem ecclesiam, quae nunquam moritur nec unquam est nulla.“* So wird aber der Knoten nicht gelöst, sondern zerhauen. Denn hier ist überall von vornherein nicht eine Personeneinheit, sondern ein geistiges Anstaltsganzes oder der dasselbe beseelende Alleinwille Eigenthümer.

Der Glossator Vivianus Tuscus in seinen *Casus* (l. 7 § 2 D. 3, 4) meinte: *„adhuc durat universitas“*, und selbst noch Legisten vertreten den Grundsatz des *„stat natura universitatis“* für den Fall, dafs nur noch ein Mitglied vorhanden ist. Die Mehrzahl der Glossatoren erklärt jedoch ganz offen, dafs in einem solchen Falle eine *universitas* nicht mehr bestehe, und den offenkundigen Widerspruch mit dem Quellenentscheid suchen sie mit der Erklärung zu beseitigen, dafs dieser Eine die Rechte der *universitas* retinire.[1] So sprach auch später Bartolus noch von einem *„retineri per illum locum“*, und dies wurde in der romanistisch-canonistischen Corporationslehre des Mittelalters herrschende Meinung; Wendungen, wie *„unus non est universitas“*, oder *„unus retinet ius universitatis“* oder *„repraesentat universitatem“*, begegnen uns in Menge.[2] Diese Auffassung ist aber in sich völlig unklar und widerspruchsvoll. Repräsentiren kann man zunächst nur, was existirt, nun existirt aber eine *universitas* nicht. Das angebliche Retentionsrecht ferner ist entweder das Eigenthumsrecht, und dann sind die *universitas* und der *unus* — ein singularer Eigenthumstitel ist ja nicht erwiesen —

---

[1] Gl. zu l. 85 D. 50, 16, v. „Neratius“; Gl. zu l. 7 § 2 D. 3, 4, v. *„nomen universitatis“: „sic exstat rei memoria, nec tamen res; . . licet ergo unus non sit universitas nec universi nec universus, retinetur tamen per eum ius universitatis“.* Vergl. auch die bei Gierke III. 497, N. 387 verzeichneten Juristen.

[2] Belege bei Gierke III. 497, N. 387.

identisch, was jedoch wieder geleugnet wird, oder aber der *unus* ist nicht Eigenthümer, und dann bleibt die Eigenthumsfrage ungelöst. Aus diesem Dilemma kommt man nicht heraus, und man ist bis in die neueste Zeit in diesen Irrgängen befangen. Der Grundfehler ist hier überall der, dafs man das Wesen der Corporation in einer Vielheit erblickt. So hält Stobbe eine Corporation für aufgelöst, „wenn ihre sämmtlichen Mitglieder fortgefallen sind, so dafs keine Personenvereinigung mehr besteht.“[1] Nach diesem Grundsatz müfste er aber doch auch beim Vorhandensein nur eines einzigen Mitgliedes die Corporation für erloschen halten. Dieses erkannte Huller in der oben citirten Stelle[2] sehr wohl, ihn trieb aber die Consequenz nach der entgegengesetzten Seite.

Die Lösung ist sehr einfach, wenn wir den Rechtsträger nicht in der Willensgesammtheit, sondern in der Willenseinheit und zwar in der jeweiligen Einheit sehen. Wo ist nun eine einheitliche Willensrichtung bestimmter entwickelt als im Einzelnen. Dieser Einzelne ist Träger der mit der Constituirung gegebenen Ideen, wie die Willenseinheit Vieler, sogar noch natürlicher und einfacher; eine Schwierigkeit kann hier somit gar nicht entstehen. Allerdings ergiebt sich von hier das Unpassende des Terminus *„universitas“*. Dieser hat nur *a majori* eine Berechtigung, und selbst hier ist nicht das Essentiale, sondern ein Naturale als terminologisches Bestimmungsmoment gewählt. Sehr treffend finden wir dagegen die Bezeichnung *„corpus“*, indem hier der allein wesentliche Einheitsfactor geradezu plastische Gestalt gewinnt. Mögen aber die Römer in der terminologischen Ausbildung der Corporationslehre immerhin von einer gewissen Kurzsichtigkeit befangen gewesen sein, so hat dies doch die praktische Erfassung des Rechtsinstituts nicht beeinflufst. Die l. 7 § 2 D. 3, 4 ist der sprechendste Beweis dafür, dafs die jeweilige wirkliche Einheit, nicht aber eine geordnete Vielheit Trägerin der Corporationsrechte ist. Damit ist denn aber auch die Bolze'sche Theorie gerichtet.

3. Eine Corporation kann sich — es sei denn, dafs die Statuten dies ausdrücklich gestatten — nicht selbst auflösen, ebenso

---

[1] Deutsch. Privatrecht I. 359.
[2] S. 94.

wenig als der Stifter seine eigene Stiftung wieder zerstören kann, vielmehr ist hierzu, wie zum ersten Mal Jacobus de Ravanis und nach ihm Albericus de Rosciate,[1] letzterer unter Besprechung eines Rechtsfalles[2] betont, und wie seit Savigny allgemein angenommen wird, „die Genehmigung der höchsten Gewalt nöthig“,[3] nicht etwa im Sinne einer Polizeivorschrift, sondern der rechtsbildenden Anerkennung. Deshalb kann auch der einseitige Wille des Staates Corporationen nach ihrer privatrechtlichen Seite auflösen, „wenn sie der Sicherheit oder dem Wohl des Staates nachtheilig werden.“[4] Eine Aufhebung ohne diese Voraussetzung wäre zwar ein Gewaltact, immerhin aber rechtlich verbindlich. Uebrigens hätte diese nur die Vernichtung der Civilrechtssubjectivität zu Folge; das vorhandene Willenssubject mit seiner in der Hauptsache vielleicht auf ein ganz anderes Gebiet gerichteten Willensbethätigung wird an und für sich dadurch in seiner Existenz nicht bedroht. Die Entziehung der Privatrechtsfähigkeit eines Domcapitels z. B. ist für den hierarchischen Bestand desselben völlig belanglos.

Dafs ein einfacher Majoritätsbeschlufs zur Auflösung nicht genügt, ist unbedingt einleuchtend, da „nicht einzusehen ist, warum nicht die Minorität die Corporation sollte fortsetzen können, während es den Mitgliedern der Majorität frei stehen wird, einzeln auszutreten;“[5] die gegentheilige, mit besonderer Bestimmtheit von Warnkönig[6] und neuestens von Bolze[7] — allerdings in consequenter Ausdehnung seiner Gemeinschaftstheorie — vertretene Auffassung ist falsch. Der tiefste Grund, warum weder ein Mehrheits- noch

---

[1] Alb. Rosc. Commentar, l. 7 D. 7, 4, N. 3, welcher sich dabei auf die Ansicht des Jacobus de Rav. stützt.

[2] „*Cum coll. becariorum cogeretur ad faciendum carnes ad sufficientiam voluerunt renuntiare collegio et arti; et determinatum fuit, quod non possent contra utilitatem publicam pro qua instituti erant.*“

[3] System II. 279. So insbesondere das Sächsische B. G. B., § 56.

[4] v. Savigny, a. a. O. 279.

[5] v. Savigny, II. 348 u. 293, Not. v.

[6] Archiv f. civ. Praxis XX. 420. Diesem ist „der Grundsatz, dafs die Beschlüsse der Majorität der Mitglieder den Willen der Corporation selbst binden, ein ausgemachter Satz.“

[7] Begriff der jur. Person, 109 f., 112, 167, etwas abgeschwächt 168.

ein Einstimmigkeitsbeschlufs der Corporation dieselbe aufzulösen vermag, ist der: der Wille der Corporation, welcher inhaltlich mit dem Ursprungswillen und dem in der Constituirung ein für alle Mal bestimmten Collectivwillen übereinstimmen mufs und deshalb anstaltlich gefärbt ist, ist stiftungsmäfsig und ausschliefslich auf Erhaltung gerichtet und nach keiner andern Seite wirkungsfähig.[1]

In dieser wesentlichen, begrifflich geforderten Concordanz des jeweiligen Einheitswillens mit dem Ursprungswillen liegt der Schlüssel aller dieser räthselhaften Erscheinungen. Mit dieser Theorie haben wir für die Lösung der schwierigsten, von Savigny behandelten, aber keineswegs überzeugend entschiedenen Fälle ein einheitliches Princip gefunden und damit auch ihre praktische Brauchbarkeit erwiesen.

§ 13.

Im Besondern die kirchlichen Corporationen.

Das canonische Recht fordert ausnahmsweise zur Entstehung einer Pfarrgemeinde wenigstens 10 Mitglieder;[2] dieses Princip wandte man auch bezüglich der Erlöschung an, und so gelten bei

---

[1] Huller, 7: „Ihre Wirksamkeit erstreckt sich demnach nur darauf, dem fingirten (?) Willen der Corporation ein actives Dasein zu verschaffen. Bei einem Beschlusse, wie der fragliche, würde aber dieselbe eine ganz entgegengesetzte Richtung annehmen, indem ja hierdurch gerade eine Vernichtung dieses Daseins herbeigeführt würde. Ein solcher Beschlufs liegt daher aufserhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit. Wollte man aber soweit gehen und diesen Beschlufs als den Ausdruck des Wollens der Corporation gelten lassen, so könnte ein derartiger Ausspruch derselben ebensowenig Kraft haben als die Erklärung einer physischen Person, nicht mehr Person sein zu wollen, da ja auf die Persönlichkeit nicht verzichtet werden kann.“ Stobbe, deutsch. Privatr. I. 349 f.: „Eine Corporation kann mit Majorität Beschlüsse nur innerhalb der Grenzen fassen, welche sich aus ihrem Zweck und aus ihren Statuten ergeben.“ Ebens. 360. Damit widerlegt sich aber auch die Stobbe'sche Annahme, dafs die Auflösung einer Corporation durch „Stimmeneinhelligkeit“ der Mitglieder erfolge (S. 350, 361). Schmidt, Sächs. Privatr. I. 73 f.: „Hierbei ist natürlich allenthalben vorausgesetzt, dafs sich der Beschlufs seiner Tendenz nach innerhalb der Grenzen des Corporationszweckes bewegt, was z. B. bei einem Beschlusse auf Auflösung der Gesellschaft oder auf Vertheilung des Corporationsvermögens unter die jeweiligen Mitglieder nicht der Fall sein würde.“ Desgl. Dernburg, Preufs. Privatr. I. (4. Aufl.) 112; Förster-Eccius, Preufs. Privatr. IV. 735.

[2] Meurer, der Begriff des kirchlichen Strafvergehens, 1883, S. 56.

der wichtigsten kirchlichen Corporation besondere Bestimmungen. Auch das preufsische A. L. R. hat II. 11, § 307 und 308 bezüglich der Pfarrgemeinden des Besonderen verordnet:

„Dadurch, dafs aus Mangel an Eingepfarrten in einer Kirche eine Zeitlang keine gottesdienstlichen Handlungen haben vorgenommen werden können, verliert dieselbe noch nicht die Rechte einer Parochialkirche,“ wohl aber, „wenn aus Mangel an Eingepfarrten die Stelle des Pfarrers länger als zehn Jahre unbesetzt geblieben ist.“

Diese Bestimmungen sind durch das Gesetz v. 13. Mai 1833,[1] § 1 in folgender Weise modificirt worden:

„Eine Parochie ist als erloschen anzusehen, wenn binnen zehn Jahren:

a) entweder gar keine Mitglieder ihrer Religionspartei in dem Pfarrbezirke einen ordentlichen Wohnsitz gehabt haben;
b) oder gar kein Pfarrgottesdienst daselbst stattgefunden hat;
c) oder endlich die Zahl der Eingepfarrten fortwährend so gering gewesen, dafs zu einem ordentlichen Pfarrgottesdienst kein Bedürfnifs vorhanden war.“

Es entsteht noch die Frage, ob der Confessionswechsel einer kirchlichen Körperschaft, z. B. einer Kirchengemeinde, eines Capitels oder eines Klosters, deren Bestand berührt. Zunächst ist klar, dafs die Corporation in einem resp. bei der Pfarrgemeinde in 10 Mitgliedern fortleben kann; die Frage, ob an dieser Trägerschaft auch die Secessionisten oder Dissidenten noch participiren, wird gegenstandslos,[2] wenn man erwägt, dafs die Einheitsgestaltung der corporativen Rechtssubjectivität den Gedanken einer Theilträgerschaft ausschliefst, und dafs die einschlägige Sonderbethätigung des einzelnen

[1] G.-S. 51.

[2] Fr. v. Sybel, das altkath. Bisthum, S. 49: „Durch den Austritt eines einzelnen Gesellschafters geht die mit Corporationsrechten versehene Gesellschaft nicht unter, die juristische Person, welche Eigenthümerin des Kirchenguts ist, bleibt unversehrt erhalten, so lange noch wenigstens zwei Gesellschafter vorhanden sind. Somit bleibt auch das Kirchengut ungeschmälert bestehen; der Einzelne, welcher förmlich aus der Gemeinde austritt, behält keinen Anspruch auf das Kirchengut, da er einen solch persönlichen Anspruch niemals gehabt hat.“

Mitgliedes vielmehr nur eine Theilnahme an der Verwaltung bedeutet, welcher es durch den Confessionswechsel *ipso iure* verlustig geht.

Wie steht es aber, wenn der Confessionswechsel ein allgemeiner ist? Sternberg[1] u. A. lassen in diesem Fall die Corporation erlöschen. Allerdings ist die rechtstragende Willenseinheit und die ganze Sonderausprägung einer kirchlichen Körperschaft nur in Hinsicht auf eine bestimmte Glaubensgemeinschaft gewollt und bestimmt, und ihre statutenmäfsige Wirksamkeit durch dieselbe nothwendig bedingt. Aber wir haben oben schon gesehen, dafs ein Rechtswesen nicht schon deshalb aufhört, weil die Voraussetzungen schwinden, welche sein Existentwerden bedingten. Die substantielle Einheit oder der corporative Einheitswille ist immer noch vorhanden, und damit die Rechtsträgerschaft gesichert.

Dafs dieser Wille eine Richtung nimmt, die dem kirchlichen Alleinwillen, welcher jenem das Leben gab, schnurstracks widerspricht, und dafs er in einer durchaus statutenwidrigen Weise sich bethätigt, mufs freilich für die Kirche die Veranlassung werden, die Daseinsbedingungen desselben zu zerstören, die Corporation aufzulösen oder in ihrem Personalbestand zu verändern. Wir deduciren dann so: Entweder hat die Kirchengewalt hierzu nicht die Berechtigung, dann ist der Rechtsträger ein neuer und anderer, und der alte wurde somit *ipso iure* mit seinem Confessionswechsel zerstört. Oder aber, — und das ist unsere Ansicht, — die Kirchengewalt hat die Berechtigung — nach der Lehre der Katholiken ist die passive Rechtsfähigkeit in der Kirche unverlierbar — und dann war, wie die Unmöglichkeit oder der Wegfall des Zwecks für die Stiftung, so der Confessionswechsel bei der kirchlichen Corporation nicht Erlöschungsgrund, wohl aber die gerechte und zwingende Veranlassung, sie aufzuheben, zu incorporiren, oder, wie es sich z. B. bei den Domcapiteln empfehlen würde, zu erneuen. Als in Wormsheim in Rheinhessen im Jahre 1876 nahezu sämmtliche Einwohner aus der evangelischen Kirche austraten und eine freiprotestantische Gemeinde bildeten, stellte ein gerichtliches Erkenntnifs[2]

---

[1] Versuch einer jur. Theorie vom Eigenthum der röm. kath. Kirche, S. 20, N. 3. Vgl. auch Poschinger, 337 f. Hiergegen Hirschel, Archiv 35, S. 53 ff.

[2] Doves Zeitschr. für Kirchenrecht 18, S. 55, und Richter-Dove (Lehrb. 7. Aufl.), 1087.

mit vollem Recht den Satz auf, dafs lediglich durch den Austritt der Mitglieder, ohne verfassungsmäfsig geforderte Mitwirkung des Kirchenregiments, eine Gemeinde rechtlich zu bestehen nicht aufhöre. Das Vermögen ist auf jeden Fall für die Kirche gerettet.[1] Die vor oder unmittelbar nach dem Confessionswechsel in selbstsüchtigem Interesse getroffenen Corporationsverfügungen über die Vermögenssubstanz wären wegen Mangels der kirchenhoheitlichen Bestätigung und wegen ihrer statutenwidrigen Richtung mit Nullität behaftet, und später wird zu zeigen sein, dafs das Vermögen aufgelöster Corporationen nicht als herrenloses Gut zur willkürlichen Benutzung an den Staat fällt, sondern seinem kirchlichen Zweck erhalten bleibt. Nur das preufsische A. L. R., dem man, wie wir später noch sehen werden, keine besonders tiefe Einsicht in die kirchlichen Verhältnisse nachrühmen wird,[2] trifft die beklagenswerthe Bestimmung (II. 11, § 171):

„Auch durch Veränderung ihrer Religionsgrundsätze verliert eine Kirchengesellschaft nicht das Eigenthum der ihr gewidmeten Kirchengebäude."

Immerhin handelt es sich aber auch hier nur um eine Art kirchlicher Corporationen und ferner nicht um das gesammte locale Kirchenvermögen, sondern nur um Kirchengebäude, von denen der Gesetzgeber annimmt, dafs sie sich nach ihrer ganzen Structur nur zum gottesdienstlichen Gebrauche eignen.[3] Hierdurch hat der

---

[1] Brinz, Pand. 1147: „Aus was immer für Gründen die Corporation aufhört, so fällt das Corporationsvermögen, insolange dies in den Statuten nicht vorbehalten ist, niemals den Genossen zu." Die entgegengesetzte Theorie bezeichnet er S. 1141 für „überwunden." Vgl. auch Puchta in Weiskes Rechtslexikon III. 73; Windscheid, Pand. § 62; Unger, Krit. Ueberschau VI. 179.

[2] Man denke nur an II. 11, § 55: „Wegen blofser, von dem gemeinen Glaubensbekenntnifs abweichender Meinungen kann kein Mitglied ausgeschlossen werden." Auch Förster (Sukows »Prophet« VIII. [1846], S. 227) meint: „Die Redactoren des Landrechts haben offenbar die schwierige Frage nach dem Verhältnisse von Staat und Kirche viel zu leicht genommen und den Knoten mehr durchgehauen als gelöst."

[3] Man vergleiche hierzu das Gesetz v. 13. Mai 1833:

§ 3 „Das einer Parochie zustehende Vermögen, welches bei ihrem Erlöschen als herrenlos unserer landesherrlichen Verfügung anheimfällt, soll zum Vortheil derjenigen Religionspartei derselben Provinz verwendet werden, welcher die erloschene Parochie angehört hat."

Gesetzgeber selbst am deutlichsten ausgesprochen, dafs im Uebrigen an den Confessionswechsel Verlust der Güter geknüpft werden müsse, und die gegnerische Auffassung von Fr. v. Sybel [1] und Hinschius [2] ist irrig.

Zum Schlufs sei nur noch betont, dafs die ganze Frage gegenstandslos ist, wenn Kirche und locales Kirchengut nicht der Kirchengemeinde, sondern einer eigenen Stiftung: Kirchenfabrik, Beneficium u. s. w. gehört: in diesem Fall bleibt der Confessionswechsel völlig irrelevant.

§ 14.

Rückblick.

Das Problem der »juristischen Personen« findet nur seine befriedigende Lösung in der Realitäts- oder Personen-, speciell in der Willenstheorie. Träger der anscheinend herrenlosen Rechte ist immer und überall ein einheitlicher Wille.

Soweit der Corporations- und Stiftungs*wille* somit gesetzlich anerkannt ist, liegt gerade so gut ein wirkliches Rechtssubject, eine Person vor, wie wir dies beim physischen Menschen erkannt haben. Corporationen und Stiftungen sind wirkliche Existenzen, zwar nicht in der Erscheinungsweise des veränderungsbedürftigen Individuums, sondern in der Form geistiger Einheiten. Nach dem Gesagten ergiebt sich vor Allem die Unrichtigkeit der Bezeichnung »fingirte Person«, [3] ebenso

---

§ 4 „Von der Vorschrift des § 3 tritt in Ansehung des vacant gewordenen *Kirchengebäudes eine Ausnahme* ein, indem dasselbe der in diesem Orte vorhandenen Parochie einer *anderen* christlichen Religionspartei zugewiesen werden soll, *insofern dazu ein Bedürfnifs vorhanden ist.*"

§ 5 „Wird ein *Theil des übrigen Vermögens* der Parochie ausschliefsend und unzweifelhaft zur Erhaltung des Kirchengebäudes bestimmt, so soll derselbe auch ferner mit dem nach § 4 zu verwendenden Kirchengebäude verbunden bleiben."

[1] Das altkath. Bisthum, 11. Ueberhaupt ist in dieser ganzen Abhandlung ungemein viel Irriges.

[2] Kochs Commentar, 6. Ausg. IV. 382, N. 39. Vgl. auch Förster in Sukows »Prophet« VIII. 244 und Preufs. Privatr. IV., § 284.

[3] Lasson, Princip und Zukunft des Völkerrechts, 125 f.; Fitting Krit. Vierteljahrschr. I. 585; Kuntze, Obligatio, 377; Förster, Preufs. Privatr. IV. 372.

aber auch die Geschmacklosigkeit der weder in den Quellen noch bei den Glossatoren üblichen termini: »juristische« oder gar »moralische« oder »mystische« Person;[1] denn »Person« bedeutet im Rechtsleben Rechtsfähigkeit, Rechtssubject; in diesem juristischen Sinne ist aber auch der physische Mensch eine juristische Person. Als ein totales Verkennen des Personenbegriffs mufs es schliefslich bezeichnet werden, wenn Bolze den Terminus »unpersönliche Person« glaubt empfehlen zu sollen.[2] Mit Rücksicht auf die bekannte Unterscheidung im Sachenrecht sprechen wir im Folgenden nur von körperlichen und unkörperlichen Personen.[3] Mit diesem Ausdruck scheint uns das entscheidende Differenzkriterium ausgedrückt zu sein: der rechtstragende Wille wohnt entweder in einer individuellen körperlichen Leiblichkeit, oder er kommt anderswo als geistige Einheit zur Existenz.

§ 15.

Die Quelle der Rechtssubjectivität der unkörperlichen Personen.

Nach § 7 ist zum Existentwerden der Rechtssubjectivität nöthig:

1. das Vorhandensein eines Willens;
2. die Erklärung der Rechtsordnung, die Objectivirungen dieses Willens anerkennen und schützen zu wollen.

---

[1] Der erste Ausdruck ist heute noch herrschend, der zweite im Preufs. A. L. R. und der letzte im Bayerischen L. R. bevorzugt. Einen begrifflichen Unterschied zwischen »juristischer« und »moralischer« Person macht *de Montpellier (Défense des droits de Dieu 1864 c. 1, § 99)* und mit ihm sein Recensent (im Archiv 15, S. 147), indem sie unter den ersteren diejenigen verstehen, „welche aus dem positiven Recht,“ unter letzteren solche, „welche aus dem göttlichen und natürlichen Recht ihre ideelle Persönlichkeit entnehmen.“ Ueber das Willkürliche dieser Unterscheidung braucht man kein weiteres Wort zu verlieren. Dies gilt auch bezüglich des kath. Kirchenrechts von Schöpf IV., § 261, dem v. Poschinger, S. 8, Anm. 10 zugestimmt hat.

[2] Der Begriff der jur. Person, Vorwort III.

[3] Das schlug auch schon Zitelmann vor (S. 113); Lasson (S. 131 f.) bricht noch einmal eine Lanze für den bereits von Savigny (System, II. 240) bekämpften Ausdruck »moralische Person«; wir stimmen jedoch Zitelmann bei, dafs diese Benennung zu fremdartige Vorstellungen erweckt. Mit dem Vorschlag Kuntzes dagegen (Heidelb. Krit. Zeitschr. I. 359), die sog. juristischen Personen »nicht menschliche, nicht physische, intelligible Personen« zu nennen, könnten wir uns wohl abfinden.

Die weitere Untersuchung ergab dann bezüglich der körperlichen Personen:

1. dafs diese Anerkennung eine hochsittliche Nothwendigkeit,
2. dafs aber die eigentliche Quelle dieser Machtbefugnifs des Menschen nicht die Rechtsordnung, sondern der menschliche Wille sei.

Zu diesem Resultate kommen wir nicht ganz bezüglich der unkörperlichen Personen. Zwar sind wir auch hier der Ansicht, dafs die Machtbefugnifs derselben ihrer Substanz nach kein staatliches Attribut, sondern eine ureigene Qualität des Willens ist. Diese Ansicht vertheidigen wir insbesondere gegen eine durch Puchta,[1] Rösler,[2] Roth-Meibom,[3] Edg. Loening[4] u. A. vertretene Richtung der Fictionstheorie, wonach die »juristischen Personen« Schöpfungen des positiven Rechts seien, während sie doch blofs durch das Recht anerkannte, übrigens aber unabhängig vom Recht entstandene Willen sind. Wie wir die Quelle der testamentarisch erworbenen Rechte nicht in die Rechtsordnung, sondern in den Willen des Erblassers verlegen müssen, ebenso müssen wir die Rechtssubjectivität der fertigen Stiftung von dem Stifterwillen selber ableiten.[5] Auch der Corporationswille wird nicht durch den Staat eingehaucht, sondern ist das Resultat freier Bethätigung der Einzelwillen,[6] beziehungsweise dankt bei kirchl. Corporationen

---

[1] Vorlesungen, 56. Kleine civil. Schriften, 499.

[2] Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht IV. 282 ff.

[3] Kurhess. Privatrecht, 210.

[4] Die Rechtsverhältnisse der kirchlichen Stiftungen (Zeitschr. für bad. Verwaltungsrecht 1869, S. 278.)

[5] Anderer Ansicht Edg. Loening (Zeitschr. für bad. Verwaltungsrecht 1869, S. 278): „Aber auch in diesem Fall hat die Stiftung ihren Entstehungsgrund nicht in der Willenserklärung des Stifters, sondern einzig in dem Staatsgesetze.“ Richtig ist dagegen das Verhältnifs bei den körperlichen Personen gefafst (S. 277): „indem das Recht diese von Natur gegebene Persönlichkeit anerkennt, legt es dem natürlichen Subject die Rechtssubjectivität bei.“ Ganz so ist es aber bei den unkörperlichen Personen, mit dem Unterschied, dafs deren Substanz einen mehr künstlichen, aber immerhin vom Staat unabhängigen Ursprung hat resp. haben kann.

[6] Eccius in Försters Preufs. Privatr., 4. Aufl. IV., S. 722: „Man hat gesagt: Durch die staatliche Verleihung der Corporationsrechte werde die juri-

dem kirchengewaltlichen Willen seine Existenz. Wo sollte denn sonst auch die Quelle der Rechtssubjectivität des Staates selbst zu suchen sein? Sehr lehrreich ist in dieser Hinsicht die Aufrichtung des Deutschen Reiches.[1] In den Novemberverträgen (1870) erscheinen als Contrahenten der Norddeutsche Bund, Bayern, Württemberg, Baden und Hessen. Diese völkerrechtlichen Vertragsinstrumente gingen auf die Herstellung des Deutschen Reiches am 1. Januar 1871. Zu diesem Zwecke bedurfte es der Mitwirkung der gesetzgebenden Factoren der genannten Einzelstaaten, welche die bezeichneten Verträge als Einzelstaatsgesetze annahmen. Hierin lag die übereinstimmende feierliche Erklärung der betheiligten Staaten, ein Bestandtheil des vom 1. Januar 1871 ab zu constituirenden Bundesstaates sein zu wollen. Der rechtstragende Wille des Deutschen Reiches, welches somit am 1. Januar 1871 seinen juristischen Geburtstag hat,[2] geht also in seinem Ursprung zurück auf die Willen der Einzelstaaten. So haben wir auch die Quelle des Corporationswillens in den Einzelwillen zu suchen, welchen er seine Existenz verdankt, ohne nachher mit ihnen identisch zu sein. Die Rechtsordnung ist beim Entstehen des Corporationswillens ebenso unbetheiligt wie bei der Geburt des Menschen. Der Einzelwille erklärt, von einem gewissen Tag an der Bestandtheil eines Gesammtwillens sein zu wollen. Ebenso gewifs diese Befugnifs der Substanz nach Ausflufs der Willensfreiheit und nicht Schöpfung der Rechtsordnung ist, ebensowenig kann der entstandene Gesammtwille als schöpferisches Product staatlicher Macht angesehen werden. Wir können hier ein völkerrechtliches Analogon zur Erklärung wohl

---

stische Persönlichkeit geschaffen. Das ist ein schiefer Ausdruck. Der Allerhöchste Verleihungsact setzt die Gesellschaft als bereits mit bestimmtem Zwecke bestehend voraus. Der schon bestehenden Gesellschaft wird das Privilegium ertheilt, nunmehr als moralische Person angesehen zu werden, sie bleibt aber vor wie nach dieselbe Gesellschaft."

[1] Vgl. darüber Laband, Staatsr. I., § 4; Meyer, Lehrb. des deutsch. Staatsrechtes (1879), § 67; Hänel, Studien zum deutschen Staatsr., 79 ff.; Seydel, Commentar zur Verfassungsurkunde, 3 ff.; v. Rönne, das Staatsr. des deutsch. Reiches (2. Aufl.) I. § 3; Zorn, das Staatsr. des deutsch. Reiches I. 31 ff. Die juristischen Constructionen weichen vielfach erheblich von einander ab.

[2] So Laband I. 45 und Zorn I. 36 gegen Meyer (§ 67), welcher die »Gründung« des Reiches in den November 1870 setzt.

heranziehen. Es ist bekannt, dafs die gesicherte Existenz eines Staates durch die Anerkennung der völkerrechtlichen Mächte wesentlich bedingt ist. Trotzdem hebt Bluntschli mit Recht hervor: „Die „Frage, ob ein wirklicher Staat existire, ist zunächst eine „Frage, welche ohne Rücksicht auf andere Staaten lediglich im „Hinblick auf das bestimmte zu einem Staat vereinigte und einem „besonderen Lande organisirte Volk, d. h. welche staats-, „nicht völkerrechtlich zu beantworten ist.“ [1] Also „das Völkerrecht schafft nicht neue Staaten, aber es verbindet die gleichzeitig vorhandenen Staaten zu einer gemeinsamen menschlichen Rechtsordnung.“ [2] Wir können somit auch hier sagen: Das Völkerrecht ist nicht Quelle der Existenz, sondern des gesicherten Bestandes der Persönlichkeit des Staates; durch die Anerkennung der Mächte wird der neugebildete Staat nicht erst eine Person, — das ist er schon mit seiner Existenz — sondern eine völkerrechtliche Person.

Wenn nun auch die Substanz der Rechtssubjectivität nicht Ausflufs der Rechtsordnung ist, so gehört doch andererseits zum fertigen Begriff der Rechtssubjectivität die Anerkennung der Willensobjectivirungen durch die Rechtsordnung. [3] In welcher Form diese Anerkennung erfolgt, ist, rechtsphilosophisch betrachtet, völlig gleichgültig, [4] und wenn die Gesetzgebung nichts Näheres bestimmt, in

---

[1] Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten, 3. Aufl. 1878, S. 73.

[2] a. a. O. 72.

[3] Brinz, Pand., 1070: „Dafs sie vom Rechte und darum vom Staate anerkannt sein müssen, ist freilich über allen Zweifel erhaben, allein nicht deswegen, weil sie Fictionen der Personen, sondern weil sie Dinge von rechtlichem Belange überhaupt sind.“ Koch nennt diese Anerkennung Personification (Preufs. Privatr. I. 156). Maas (Archiv IV. 684) verkennt den Schwerpunkt der Frage, wenn er meint: „Wie bei der Geburt eines Menschen eine obrigkeitliche Declaration seiner als Person nicht nachgesucht zu werden braucht, ebensowenig mufs solche bei der Bildung eines Vereins eingeholt werden, welcher durch seine corporative Tendenz oder durch die Existenz eines Stiftungsvermögens sich als juristische Person ponirt.“ Dagegen meint Mühlenbruch (Glücks Commentar, 40, S. 6): „Die Erschaffung einer juristischen Person kann ebensowenig Gegenstand blofser Privatwillkür sein, wie die Aufnahme eines Nichtbürgers unter die Bürger.“

[4] Vgl. Savigny II. 275; Puchta, Pand., § 28; Stobbe, Deutsches Privatr. I.

jeder Form zulässig. Sie kann in einer gewohnheitsrechtlichen Regel oder einem ausdrücklichen Rechtssatz enthalten sein; sie kann auch als besondere Genehmigung *(concessio personalis)* für jeden einzelnen Fall erfolgen, und zwar als Act der Gesetzgebung, oder der Krone, oder der Regierung und zwar in ihrer verschiedenartigsten Zusammensetzung; ja schon eine stillschweigende, nur durch wissentliche Duldung erfolgende, rein thatsächliche Anerkennung genügt. Mit der gemeinrechtlichen Controverse über die Nothwendigkeit der **Staats**genehmigung zur Entstehung der Corporationen, und besonders der Stiftungen, ist unsere Frage nicht identisch. Denn dort will nicht die Nothwendigkeit der Anerkennung überhaupt, sondern, diese vorausgesetzt, nur die Art dieser Anerkennung bestimmt werden, welche jede positive Gesetzgebung nach Belieben als eine ausschliefsliche anordnen und fest umschreiben oder in jeglicher Form als genügend erachten mag.[1] Wir haben es also hier mit der rechtsphilosophischen Nothwendigkeit der Anerkennung überhaupt zu thun, und da mufs eine blofs die Existenz betreffende Genehmigung von der die Privatrechtsfähigkeit sichernden Anerkennung durchaus geschieden werden. Die Meinung Mühlenbruchs,[2] durch die öffentliche Anerkennung „der christlichen Kirche wäre auch zugleich die juristische Persönlichkeit derselben anerkannt worden,“ und die Persönlichkeitsanerkennung Constantins wäre gewissermafsen ein *superfluum* gewesen, darf wohl als antiquirt gelten. Genau besehen, ist dies nur die Lehre von der immanenten Nothwendigkeit des kirchlichen Güterbesitzes in der Form einer Person, wovon später noch die Rede sein wird.

Was nun endlich die Anerkennungspflicht des Staates anlangt, so unterscheiden sich hierin die körperlichen und unkörperlichen

---

339; Renaud, das Recht der Actiengesellsch., 2. Aufl., S. 167; Gierke III. 144; Schmidt, Sächs. Privatr. I. 67 f.; Roth-Meibom 210.

[1] Die Auffassung Siebenhaars (Sächs. Privatr., 61) ist durchaus verkehrt: „Würde nämlich selbst durch ein Gesetz im voraus bestimmt, unter welchen Bedingungen Personenvereine und Stiftungen Rechtsfähigkeit haben könnten, so würde doch immer ein einzelner Personenverein oder eine einzelne Stiftung, wenn die gesetzlichen Bedingungen vorhanden wären, die Rechtsfähigkeit nur dann haben, wenn ein Act der Staatsgewalt hinzuträte, durch welchen anerkannt würde, dafs die juristische Person als solche in den Staat eingetreten ist.“

[2] Glücks Comm., 40, S. 15.

Personen ganz wesentlich: Im Gegensatz zu den körperlichen Personen ist nämlich die staatlicheAnerkennung der unkörperlichen Personen im Allgemeinen keine sittliche Forderung. Die Rechtsordnung hat freilich die Menschen (körperlichen Personen) zu nehmen, wie sie sind: denn diese sind natürliche, d. h. mit zwingender, natürlicher Kraft entstandene Producte. Eine unbedingte Nothwendigkeit der Billigung von willkürlichen oder Kunstproducten — denn das sind die unkörperlichen Personen[1] — ist dagegen niemals nachweisbar. Zu diesem Resultate kommen wir auch mit folgender Ueberlegung. Wir sahen, dafs die Rechtsordnung die Willensobjectivirungen in willkürlicher Weise beschränkt. Wer will ihr daher im Princip das Recht bestreiten, den Stiftungsabsichten der Einzelnen entgegenzutreten oder deren corporative Association zu

[1] Stobbe, Deutsches Privatrecht I. 218 f., und Förster, Preufsisches Privatrecht 1873, IV. 375, wenden sich nicht gegen diese Auffassung. — Damit ist denn die anthropomorphisirende Richtung der oben erwähnten Realitätstheoretiker zurückgewiesen. Der rechtstragende Wille der Stiftung ist allerdings der Wille des Stifters, der sich aber in seiner freiwilligen Erstarrung seiner natürlichen Beweglichkeit und Lebendigkeit vergiebt; und der rechtsfähige Wille der Corporation geht ebenfalls in seinem Ursprung auf natürliche Einzelwillen zurück, doch verliert sich diese Natürlichkeit in ihrer collectivischen geistigen Einheit. Wenn wir so aber auch das Rechtssubject der unkörperlichen Personen nur als ein künstliches ansehen können, — daher erklärt sich denn auch genügend die langsame und unsichere von Gierke in ihren verschiedenen Stadien so meisterhaft beschriebene Entwicklung der Lehre der »juristischen Personen«, — so müssen wir uns doch mit aller Entschiedenheit gegen die Auffassung der Fictionstheoretiker, insbesondere diejenige Savignys erklären, welcher die »juristische Person« „ein des Vermögens fähiges, künstlich angenommenes Subject" nennt (System II. 239). Diese ist kein künstlich-angenommenes, sondern ein künstlich-wirkliches Subject. S. 278 heifst es einfach: „Künstliche Rechtssubjecte." Aehnlich Unger (Oesterreisches Privatr. I. 314); Schmidt, Sächs. Privatr. I. 71 und 67 ff. Auch Herrmann (Commissionsbericht der 1. Bad. Kammer zum Stiftungsgesetz, S. 436) nennt die Stiftungen »künstliche Persönlichkeiten«, doch hat es nicht unsere Sympathie, wenn er hier ebenso wie v. Savigny (S. 278) von einer »Schaffung« »durch Staatswillen« spricht (Beilage N. 480 zum Protokoll der 23. Sitzung vom 12. März 1870). Vgl. ferner Roth, Bayr. Civilr., S. 205. Wir haben auch nichts gegen den vielfach gebrauchten Ausdruck »ideales Rechtssubject«, wenn sich nur damit der Begriff des Geistig-Seienden, nicht aber, wie gewöhnlich, des blofs Gedachten verbindet; in dieser Einschränkung stimmen wir der Polemik Bolzes (S. 82, 85, 92, 104, 116, 119, 121, 135, 141) bei.

verbieten?[1] In *concreto* mag sie damit eine Forderung der Sittlichkeit verletzen, in *abstracto* ist ein solches Recht jedoch unbestreitbar. Die Anerkennung ist zwar kein Act absoluter Willkür, wohl aber ein durchaus freier Act. Die Rechtsfähigkeitsfrage läuft somit in der Frage aus: Welches Recht (Rechtsordnung) hat den Willen der körperlichen und unkörperlichen Personen anzuerkennen und deren Befugnifssphäre abzugrenzen? Denn dafs das Anerkennungsrecht ein Abgrenzungsrecht involvirt, ergiebt sich aus der oben gegebenen Entwicklung und wird in dem Sachsen-Altenburger Grundgesetz vom 29. April 1831, § 99, ausdrücklich erwähnt.[2]

§ 16.

Die publicistische und civilistische Rechtssphäre der Personen.

Der Regent hat in seiner Eigenschaft als Träger der Souveränetät eine öffentliche Rechtssubjectivität, zugleich aber auch auf Grund seiner privaten Persönlichkeit eine civilistische Machtsphäre. Was in minderem Grade von allen körperlichen Personen gilt, findet auch bei den unkörperlichen Personen Anwendung. So sind ja auch Stiftungen nicht selten Träger von Patronatsrechten.[3]

---

[1] Wir sind hiermit insbesondere mit v. Savigny in Uebereinstimmung, ohne freilich dessen Fictionstheorie zuzustimmen: „Die Nothwendigkeit der Staatsgenehmigung zur Entstehung jeder jur. Person hat, unabhängig von politischen Rücksichten, einen durchgreifenden juristischen Grund. Jeder einzelne Mensch trägt seinen Anspruch auf Rechtsfähigkeit schon in seiner leiblichen Erscheinung mit sich. Durch diese Erscheinung weifs jeder Andere, dafs er in ihm eigene Rechte zu ehren, jeder Richter, dafs er in ihm solche Rechte zu schützen hat. Wird nun die natürliche Rechtsfähigkeit des einzelnen Menschen durch Fiction auf ein ideales Subject übertragen, so fehlt jene natürliche Beglaubigung gänzlich" (System II. 278). Vgl. dagegen die irrige Auffassung von Maas, oben S. 108, N. 3.

[2] Nachdem hier das Corporationsrecht abhängig gemacht ist von der „Genehmigung und Anerkennung der Staatsregierung", heifst es weiter: „Von dem Ermessen der letzteren hängt es daher ab, welchen Umfang von Befugnissen sie solchen Corporationen gewähren will, deren Zuständigkeiten nicht durch das Grundgesetz oder frühere gesetzliche Bestimmungen geordnet sind."

[3] Vgl. z. B. das Württemb. Gesetz v. 30. Jan. 1862, betr. die Regelung des Verhältnisses der Staatsgewalt zur kath. Kirche, Art. 2, Abs. 3.

Bezeichnend ist das Parallelverhältnifs von Staat und Fiscus, der erstere als publicistische,[1] der zweite als civilistische Person gedacht. Civilisten — wir müssen hier vor Allen allerdings P. Roth rühmlich ausnehmen[2] — haben dem ersteren Moment nicht immer die gebührende Rechnung getragen. Falck sagt geradezu, dafs die Rechtsfähigkeit der „moralischen oder juristischen Personen“ „sich jedoch natürlich (!) nur in Beziehung auf Vermögensverhältnisse wirksam erweisen kann.“[3]

---

[1] Den Ausdruck *„publicae personae“* findet man zuerst bei den Agrimensoren. Vgl. Aggenus (Göschen, p. 56): *„quaedam loca feruntur ad publicas personas attinere. Nam personae publicae etiam coloniae vocantur.“* Ferner *Frontinus, de controversiis agr.* (Lachmann, p. 49, 7).

[2] Bayr. Civilr. I. 202: „Die Lehre von den juristischen Personen gehört mehr dem öffentlichen als dem Privatrecht an, da für die meisten der hierher zu rechnenden Institute die Stellung, die ihnen im Civilrecht eingeräumt ist, nur als Nebensache erscheint, — dazu rechnet Roth denn insbesondere den Staat, die Kirchen und Gemeinden (Jahrb. für Dogmatik, I. 204), — aber auch bei den nur durch ihre civilrechtliche Stellung selbständig bestehenden Instituten das öffentliche Recht durch die Gesetzgebung in immer gröfserem Umfang Einflufs erhält, indem durch dieselbe manche ihrer Rechtsbeziehungen der privatrechtlichen Sphäre, der sie bisher angehörten, entzogen worden sind.“ Damit steht denn freilich S. 207 in Widerspruch: „Die Fiction der Persönlichkeit erstreckt sich nur auf die Vermögensrechte.“

[3] Handb. des Schlesw.-Holst. Privatr. IV. 9; ebenso Siebenhaar, Sächs. Privatr., 63; dagegen Savigny (System II. 239): „Indem hier das Wesen der juristischen Personen ausschliefsend in die privatrechtliche Eigenschaft der Vermögensfähigkeit gesetzt wird, soll damit keineswegs behauptet werden, dafs an den wirklich vorhandenen juristischen Personen nur allein diese Eigenschaft zu finden oder doch von Wichtigkeit wäre.“ Ebenso S. 324. Das Freiburger Capitels - Vicariat hat daher Unrecht, wenn es unter Berufung auf Savigny (System II., § 85) erklärt: „Eine juristische Person hat ihrer Natur gemäfs mit ihrer Existenz die Fähigkeit zu Rechten. Diese ist aber nur eine vermögens- und deshalb eine privatrechtliche“ (Denkschr. betr. das Badische Stiftungsgesetz 1869, S. 7). Vgl. ferner Brinz, Pand. I. 194: „Was insonderheit das Recht anlangt, ist die Personification auf das Vermögensrecht wohl nicht beschränkt; allein so ergiebigen Stoff, so mächtige Abstractionen von der individuellen Person wie im Vermögensrecht fand sie, mit Ausnahme des *jus sacrum,* sonst nirgends vor.“ Windscheid, Pand., § 57, 1: „Juristische Personen können aber auch Träger von Gewalten und Befugnissen sein, welche dem öffentlichen Recht angehören. Für das öffentliche Recht ist der Begriff der juristischen Person nicht minder wichtig als für das Privatrecht.“ Vgl. auch Beseler,

Im altrömischen Rechte erschien jedes corporative Ganze nur als eine vom Staat abgezweigte, *ad exemplum rei publicae* gestaltete Verbandseinheit und war ein genaues Abbild der staatlichen oder städtischen Allgemeinheit, also durchaus publicistischer Natur. Wie sich aber im Anschlufs an die publicistische Rechtssphäre des Staates die civilistische Rechtssubjectivität des Fiscus entwickelte, so konnte sich auch bei den anderen Verbänden an die publicistische Einheit eine einheitliche Vermögenssphäre anschliefsen.[1] Bei manchen, z. B. den *tribus, curiae, gentes, centuriae,* Beamten- und Richtercollegien, ist diese Möglichkeit jedoch nie zur Wirklichkeit geworden.[2] Aber wo sich auch ein corporatives Vermögen bildete, rubricirte man dieses anfänglich nicht unter die privatrechtl. Befugnifssphäre, sondern betrachtete es vielmehr „als Bestandtheil der für das *corpus* abgesonderten und verselbständigten publicistischen Sphäre."[3] Die weitere Entwicklung drängte dann dahin, das Verbandsvermögen dem Privatrecht zu unterstellen; denn es mufste Anstofs erregen, das Corporationsgut allüberall nur als administrativ verselbständigten Theil des Staatsgutes gelten zu sehen. Wie Savigny,[4] Mommsen[5] und Gierke[6] hervorheben, ward dieser Schritt zuerst bezüglich der Stadtgemeinden gethan, indem seit Ausbildung der Municipalverfassung das städtische Vermögen als ein geschlossenes Verbandsvermögen behandelt wurde, das weder dem *populus Romanus* noch den *singuli* gehörte. Wie hier, so ward allüberall im vielfach noch ungeklärten Verlaufe der Zeit die Scheidung der publicistischen und civilistischen Machtsphäre vollzogen, und damit die Duplicität der Rechtssubjectivität »unkörperlicher Personen« ein feststehender Grundsatz. Begrifflich und wissenschaftlich ward diese freilich verhältnifsmäfsig erst spät erfafst: bei den Glossatoren läuft noch Vermögens- und Machtsubjectivität vollständig ineinander, und wir werden zu zeigen haben, dafs dieser Standpunkt heute

---

System des gem. deutschen Privatrechts, S. 233; Zitelmann, Jur. Personen, 55; Stobbe, Deutsch. Privatr. I. 317 f.; Roth-Meibom, Kurh. Privatr., 210.

[1] Gierke III. 86 ff.

[2] Vgl. hierüber Marquardt, Röm. Staatsverwaltung III. 217 ff. 432. Gierke III. 88.

[3] Gierke III. 89; siehe dort auch das Nähere.

[4] System II. 246 ff. — [5] *de coll. p. 121.*

[6] III. 90 f.

noch nicht völlig überwunden ist, wenn auch zugegeben werden mufs, dafs im Allgemeinen die Doppelseitigkeit der Befugnifssphären auch bei den »unkörperlichen Personen« erkannt wird. *In abstracto* können die unkörperlichen Personen publicistische und civilistische Rechtssubjecte sein, und zwar sowohl *cumulativ* als *exclusiv*; *in concreto* entscheidet das positive Recht, und zwar nicht blofs über die Existenz, sondern auch über die Ausdehnung der jeweiligen Rechtssphäre.

Interessant und schwierig ist die Frage, ob die unkörperlichen Personen für die öffentliche und private Rechtssphäre eine einheitliche Grundlage haben müssen oder je nach der Qualification dieser Befugnisse ein verschiedenes Substrat haben können. Diese Frage hat z. B. eine besondere Bedeutung bei der Erörterung der rechtlichen Natur des Fiscus im Verhältnifs zum Staat bekommen. Im *corpus iuris* erscheint der *fiscus* wie der publicistische Staat immer als ein Wesen *sui generis,* und es findet nie die *Subsumtion* unter einen Gattungsbegriff statt.[1] Die Legisten stellten nun folgende Frage: *an fiscus et res publica idem sunt,*[2] und gaben insgesammt eine verneinende Antwort. Der Grund lag in der von Gierke erörterten Verschiebung der Begriffe der *res publica Romana* und *Romanorum*, sowie des Reichs- und Stadtfiscus.[3] Nach erfolgter Klärung dieser Begriffe, meint Gierke, hätte man sich dahin entschieden, „dafs der *fiscus* ein Theil der *res publica* sei.“[4]

Bei Lucas de Penna trifft dies allerdings zu: *„Quum res „publica sit quoddam corpus universitatis, fiscus et aerarium (quae „idem sunt), est pars ipsius rei publicae, sicut fiscus meus, i. e. „saccus in quo reponuntur pecuniola mea, est pars totius patrimonii.“*[5] Bartolus, ein Zeitgenosse des Lucas de Penna, vertritt jedoch schon eine ganz andere Auffassung, wenn er den Begriff des *fiscus* mit den Worten bestimmt: *„quidquid ad commodum pecuniarium*

---

[1] Vgl. Gierke III. 141.

[2] Vgl. z. B. Jacobus de Arena (13. Jahrh.), *comment. in univers. ius civile l. 1 C. 10, 10, N. 5. Cinus, Lectura super Codicem: l. 4 C. 2, 54, N. 1.*

[3] III. 358, N. 13. — [4] III. 359.

[5] *Commentarius super tribus libris ed. Lug d. 1557, l. 14 C. 12, 49* (er lebte im 14. Jahrh.). Ueber die Definition des Fiscus als „*bursa*“ oder „*saccus (sine conscientia)*“ vergl. die bei Gierke (III. 421, N. 11) citirten Juristen.

„imperii pertinet“ und dann fortfährt: *„alia vero quae ad iuris-„dictionem et honores imperii pertinent et non commodum pecu-„niarium et bursale, continentur nomine rei publicae et non fisci.“* [1] Hier ist *res publica* nicht der Oberbegriff, sondern gerade wie *fiscus* nur der Ausdruck für eine besondere Theilbefugnifssphäre, *res publica* für die publicistische, *fiscus* für die privatrechtliche. In der heutigen Jurisprudenz erscheint der Staat und der *fiscus* als dieselbe unkörperliche Person, das eine Mal im öffentlichrechtlichen und das andere Mal im privatrechtlichen Sinne. [2] Man denkt sich den Fiscus etwa nach Art der Firma, welche ja auch kein vom Kaufmann verschiedenes Wesen ist. Nur Windscheid [3] definirt den Fiscus als die Personification eines Vermögensinbegriffes, was selbstverständlich ein ganz anderes Substrat ist, als die dem Staate zu Grunde liegende corporative Gestaltung. [4] Dem gegenüber betont hinwiederum Vering: [5] „Die juristische Persönlichkeit des Fiscus ist die des Staates, also die einer *universitas personarum.*“ Dafs übrigens auch Windscheid im Grunde der herrschenden Ansicht nur beipflichtet, geht aus folgender Aeufserung hervor: „Aus dem Gesagten ergiebt sich der wichtige Satz, dafs eine und dieselbe juristische Person

---

[1] Citirt bei Gierke III. 359, N. 20.

[2] So schon v. Savigny (System II. 245): „Der Fiscus, das heifst der Staat selbst, als Subject von privatrechtlichen Verhältnissen gedacht.“ Siebenhaar, Sächs. Privatr. 64. Förster, Preufs. Privatr. IV. 1. Aufl. 394, 4. Aufl. 736: „Der Fiscus, d. h. der Staat als Vermögenssubject.“ Dernburg, Preufs. Privatr. I. 1. Aufl. 100, 4. Aufl. 124. Stobbe, Deutsches Privatr. I. 320. In besonderer Deutlichkeit Bolze, Begr. der jur. Person, 126.

[3] Pand. § 57, N. 3: „Indem also der Fiscus als juristische Person behandelt wird, wird personificirt nicht die Gesammtheit der zum Staat vereinigten Individuen, sondern das Staatsvermögen.“

[4] Savigny sträubt sich allerdings gegen eine corporative Gestaltung des Fiscus: „Wollte man auch ihn als eine Corporation auffassen, als die Corporation aller Staatsgenossen, so würde diese gezwungene Ansicht leicht zu einer verwirrenden Gleichstellung der ungleichartigsten Verhältnisse führen (System II. 245). Wie wir nun aber unter der Savigny'schen sub 2 gegebenen Auffassung den Fiscus positiv zu construiren haben, sagt er uns nicht. Auch Puchta (§ 25) und, wie es scheint, auch Roth (S. 206 u. 212), sind für die Corporationsqualität des Fiscus.

[5] Pand. 4. Aufl., § 62 (S. 141).

„unter verschiedenen Gestalten erscheinen kann. Ob man sagt, der „Staat oder der Fiscus, Kirche oder Kirchengemeinde, Anstalt oder „Stiftung, Familienstiftung oder Familie, ist gleich: man meint die„selbe Person, obgleich man Verschiedenes personificirt.“ [1]

Unsere Ansicht ist folgende: Der Staat mit seiner grundsätzlich öffentlichrechtlichen Machtsphäre ist eine selbständige Willenseinheit. Dafs diese unkörperliche Person auch privatrechtliche oder fiscalische Befugnisse habe, ist nicht blofs im Princip als möglich zu erkennen, sondern kann auch in Wirklichkeit erwiesen werden. Dieser sogenannte Fiscus ist dann aber ebensowenig eine Person, als Stiftungen, welche noch im fremden Eigenthum stehen. Der Bähr'sche Vergleich des Fiscus mit einem „Portemonnaie“ und der des Lucas de Penna mit dem *„saccus“* hat hier seine Richtigkeit. [2] Aus dieser Stellung hat sich der Fiscus aber allmählich losgemacht. Insbesondere hat sich im fränkischen und später im deutschen Reich der Fiscus [3] aus der objectiven Einheit erst nach und nach und verhältnifsmäfsig spät zur subjectiven Einheit oder Rechtsträgerschaft entwickelt. [4] Grund, Zeit und Umfang der ganzen Entwicklung

---

[1] Pand. § 57. Er kommt von hier folgerichtig zu dem unhaltbaren Satze: „Es kann daher das in der juristischen Person Personificirte, ihre Unterlage, ihr Substrat, für ihr Wesen nicht bestimmend sein.“

[2] Savigny, System II. 273 f.: „Zur Zeit der Republik wurde der Staat, als Inhaber von Vermögensrechten, durch den Namen *aerarium* bezeichnet . . . Gleich beim Anfang der Kaiserregierung wurde zwischen dem Senat (als Vertreter der alten Republik) und dem Kaiser eine Theilung der Provinzen und zugleich der wichtigsten Einnahmen und Ausgaben des Staats vorgenommen. Das Staatsvermögen behielt den alten Namen *aerarium*, das Vermögen des Kaisers wurde *fiscus* genannt, welche Benennung folgenden Ursprung hatte: Ursprünglich hiefs *fiscus* ein Korb, ein Behältnifs von Flechtwerk, und da die Römer Körbe gebrauchten, um gröfsere Geldsummen aufzubewahren und zu transportiren, so wurde der Name auf jede Kasse übertragen, und so hiefs auch des Kaisers Kasse: *Caesaris fiscus* . . . Und als sich nach nicht langer Zeit alle Gewalt in dem Kaiser concentrirte, so hiefs nun *fiscus* das in des Kaisers Händen wieder vereinigte Staatsvermögen, das heifst, der Ausdruck nahm nun dieselbe Bedeutung an, welche ursprünglich das Wort *aerarium* gehabt hatte.“

[3] Der terminus kommt schon in der *lex Salica, Alam.* u. *Baiuv.* vor (Gierke, II. 565).

[4] Gierke, II. 565—568.

harrt zwar noch immer der Darstellung des Meisters.[1] Das positive Recht beantwortet heute die Frage: Vereinigt die corporative Persönlichkeit des Staates noch gleichmäfsig in sich eine öffentliche und eine private Befugnifssphäre, oder hat die Staatsperson ihren privatrechtlichen Willen in einer besondern Anstalt für immer erstarren lassen?[2] Im letzteren Fall steht die Corporationsperson des Staates und die Stiftungsperson des Fiscus in einem ähnlichen Verhältnifs, wie mein in einer Stiftung verewigter, unveränderlicher Theilwille zu meinem in rastlosem Wechsel sich bethätigenden, veränderlichen Gesammtwillen. Der Staat erscheint als höchster, souveräner Wille. Böhlau sagt zur Begründung der personalen Selbständigkeit des Fiscus sehr treffend: „In den Streit des Mein und Dein tritt der höchste Wille, nach welchem sich die Geschichte der Staaten entwickelt, als Partei nicht ein.“[3] So zweigte also der Staat seine vermögensrechtliche Freiheitssphäre zur anstaltlichen Sonderexistenz ab, hier lebt er weiter, wie der Stifter in seiner Anstalt, hier kann er auch Partei sein. So hat also Staat und Fiscus, obschon auf demselben Willenssubstrat errichtet, ein verschiedenes, der erstere ein corporatives, der andere ein stiftungsmäfsiges Aussehen. Aus dieser Willenserstarrung resultirt aber ein absolut fertiger Zustand, und wie mein activer beweglicher Wille im Grunde nicht mehr Eigenthümer meiner Stiftung ist, so können

---

[1] Savigny sagt: „Die meisten Gemeinden sind so alt, ja älter als der Staat, und die späteren werden stets durch einen politischen Act gegründet, nicht nach einer privatrechtlichen Regel. Auch bei dem Fiscus wird Niemand nach der Art seiner Entstehung fragen“ (System II. 275). Dieses Wort behielt eine verhängnisvolle Bedeutung. Und wenn es denn auch wirklich wahr ist, was Savigny S. 362 sagt, dafs die alten Juristen dieses Alles so natürlich und nothwendig fanden, dafs es ihnen gar nicht in den Sinn kam, Regeln darüber aufzustellen und insbesondere den wesentlichen Unterschied zwischen dem Fiscus und den Corporationen bemerklich zu machen, so müssen wir doch bedauern, dafs auch die neuere Wissenschaft, insbesondere auch Savigny, diesen Genügsamkeitsstandpunkt theilt.

[2] Für das sächs. Recht macht z. B. Schmidt (Sächs. Privatr. I. 70) darauf aufmerksam, dafs die Auffassung des Fiscus als einer unabgezweigten *universitas personarum* dem B. G. B. zu Grunde liege, während früher die in die Staatskasse gebannte Anstaltsnatur vorherrschte.

[3] Archiv f. civ. Praxis 56, S. 353 ff.

wir unseres Erachtens auch nicht mehr sagen: der Fiscus sei nur der Staat auf dem Gebiete des Vermögensrechtes; er ist nicht der Staat, sondern ein ganz neues Subject, was dem Staat wohl seine Existenz verdankt, in ihm aber nicht seinen Träger hat. So kommen wir zu dem Resultat: Anscheinend ist mitunter bei den unkörperlichen Personen je nach der Verschiedenheit ihrer Befugnifssphären ein verschiedenes Substrat anzunehmen; in Wirklichkeit haben wir es alsdann trotz eines vielfach einheitlichen Namens mit verschiedenen Personen zu thun, die vielleicht in einer gewissen Verwandtschaft zu einander stehen, übrigens aber selbständige, wenn auch nur durch anstaltliche Abzweigung selbständig gewordene Rechtssubjecte sind. Dieselbe Person hat naturnothwendig stets einen exclusiv einheitlichen Charakter: sie kann nicht Corporation und Stiftung zu gleicher Zeit sein.

Die Kirche.

§ 17.

1. Die göttliche Rechtssubjectivität der Kirche.

Wir haben oben gezeigt, dafs die Controverse über das Rechtsgebiet unserer Frage sich im letzten Ende formulirt: Welche Rechtsordnung hat den Willen der körperlichen und unkörperlichen Personen auf dem Gebiete des Vermögensrechtes anzuerkennen?

Reichensperger hatte in einer Sitzung des preufsischen Abgeordnetenhauses vom 16. April 1875 erklärt, dafs er sich eine Rechtsordnung nur als staatliche zu denken vermöge,[1] und dem stimmte Brüel alsbald zu: „Was den Ausdruck »Rechtsordnung« „betrifft, so ist es ja allerdings richtig, was Herr Reichensperger „gesagt hat, dafs von einer Rechtsordnung im strengsten Sinne „nur in Betreff aller solcher Normen gesprochen werden könne, „die schliefslich erzwungen werden können mit weltlicher Macht.“[2]

---

[1] Stenogr. Bericht, S. 1265. Er stellt hier Rechtsordnung (des Staates) und Kirchenordnung gegenüber.

[2] Stenogr. Bericht, S. 1273. Aehnlich Schulte, Jur. Persönlichkeit, 5 f.

Diese, wie es scheint, auch von Hirschel[1] getheilte Auffassung halten wir jedoch für falsch. Die beiden Parlamentarier gingen offenbar von der richtigen Annahme aus, dafs auf dem Gebiete des Vermögensrechtes nur eine mit weltlichen Zwangsmitteln ausgestattete, also weltliche Rechtsordnung, Ruhe und Sicherheit gewähren könne. Daraus folgt aber nicht, dafs schon der Begriff der Rechtsordnung eine weltliche Erzwingbarkeit voraussetze. Das logische Correlat des Rechtes ist allerdings der Zwang; wie geartet dieser aber sei, ist gleichgültig, sonst könnten wir überhaupt von einem Kirchenrecht, das, auf sich selbst angewiesen, nur geistige Zwangsmittel kennt, oder doch wenigstens nur kennen sollte, nicht sprechen.

Welchem Recht kommt nun die Anerkennung der vermögensrechtlichen Persönlichkeit zu?

Die Kirche ist eine unkörperliche Person, die somit eine publicistische Macht- und civilistische Befugnifssphäre principiell wohl haben kann. Die Kirche hat aber, was sonst keine »unkörperliche Person« besitzt, auch eine göttliche Rechtssubjectivität. Nun sagen die Anhänger der göttlichen Rechtstheorie: Die Kirche hat vermöge göttlichen Rechtes und als göttliches Recht die civilistische Rechtsfähigkeit durch ihren Stifter. Das heifst aber mit anderen Worten: Die civilistische Rechtsfähigkeit der Kirche ist ein dogmatisches Postulat, sie ist unzerstörbar und unveränderlich, wie Christus, der sie schuf; in diesem hat sie ihren unmittelbaren Ursprung und ihre immerdauernde Kraft. Dieses Bestreben, einem durchaus weltlichen und materialistischen Verhältnifs eine dogmatische Grundlage zu geben, ist im höchsten Grade bedauerlich.

Genau besehen, ist hier die Frage der Anerkennung aber ganz umgangen. Hirschel, der Hauptvertreter dieser Richtung, meint: „So war es auch stets (!) Grundsatz der Kirche, dafs ihr die Vermögensfähigkeit von ihrem Stifter selbst, also als ein göttliches Recht verliehen worden sei.“[2] Demgegenüber ist aber zu betonen: die civilistische Rechtsfähigkeit ist nicht das Erzeugnifs eines publicistischen Constitutivactes, sondern das ureigene, durch die

---

[1] Archiv 27, S. 23: „Wahr ist, dafs die Rechtsordnung das eigenste und nächste Gebiet des Staates ist.“

[2] Archiv 34, S. 83. Ebenso Archiv 27, S. 25.

Rechtsordnung nur anerkannte Machtgebiet des Willens. Das Willenssubstrat mufs durch eine Thatsache gegeben sein und kann nicht verliehen werden, und die Anerkennung hat nur einen Sinn, wenn sie durch die Rechtsordnung erfolgt.

Der Grundfehler aller göttlichen Rechtstheoretiker liegt darin, dafs sie die göttliche und civilistische Rechtssubjectivität der Kirche confundiren. Alles, was sie sagen, pafst nur auf die erstere; und nachdem das Beweismaterial erbracht ist, wird durch eine Escamotage der Beweissatz verschoben, d. h. die civilistische Rechtsfähigkeit schnell an Stelle der göttlichen gesetzt, und der Beweis ist erbracht.[1] Hirschel widerspricht dem Satz, dafs „die Kirche nur da als Corporation gelte, wo sie an dem einzelnen Orte von der Regierung (!) dafür angesehen würde.“[2] Und doch ist hier genau zu scheiden. Die Kirche in ihrer dogmatischen Gestalt als *mysticum corpus Christi* ist allerdings

1. ausschliefslich durch einen göttlichen Schöpfungsact entstanden; sie ist, weil einzig durch den Willen Christi getragen, kein Erzeugnifs des Rechtstriebs, sondern eine göttliche Stiftung, oder wenn wir lieber wollen, eine göttliche Corporation.[3]

---

[1] Vgl. z. B. Hirschel (Archiv 27, S. 27): „Die Rechtspersönlichkeit der Kirche vom Staate abhängig machen, heifst daher nichts anders, als die göttliche Stiftung derselben und die Anordnungen ihres Gründers nicht anerkennen, da ein göttliches Werk gewifs nicht erst noch menschlicher Anerkennung bedarf.“

[2] S. 82. Vgl. auch S. 70 ff.

[3] Ob die Kirche nach ihrem dogmatischen Charakter überhaupt unter dem Begriffe einer unkörperlichen Person rubricirt, und ob sie, im Bejahungsfall, als corporativ oder anstaltlich verfafst anzusehen ist, ist eine Frage der theologischen Dogmatik, welche wir nicht beantworten wollen, aber von einem juristisch geschulten Theologen sehr gerne einmal gründlich erörtert sehen möchten. Die Theologen nennen die Kirche in demselben Athem eine Gemeinschaft der Gläubigen und Heilsanstalt, göttliche Stiftung. So auch Maas (Archiv IV. 658 in Verbindung mit 662). Im populären, ja auch im theologischen Sinne mag ja beides richtig sein; für den Juristen giebt es aber nur ein entweder — oder. Folgendes Resultat würde für uns nichts Ungereimtes haben:

2. Diese dogmatische Integrität ist, wie auch die deutschen Grundrechte (§ 14) betonen,[1] durch keine staatliche Anerkennung bedingt;[2] Anerkennung wie Verfolgung können die kirchlichen Aufgaben wohl fördern und erschweren, den Charakter der Kirche aber weder constituiren: denn

---

1. Die Kirche, als göttliches Rechtssubject, fällt als eine dem Recht enthobene, nur durch den göttlichen Willen getragene Schöpfung nicht unter den Gesichtspunkt einer unkörperlichen Person.
2. Die Kirche als publicistisches Rechtssubject ist eine Corporation mit anstaltlicher Zuspitzung.
3. Die Kirche als civilistisches Rechtssubject ist, falls hier der Personencharakter überhaupt erweisbar ist, eine Anstalt.

Bezüglich der beiden letzten Fälle würden die oben über den Staat und Fiscus entwickelten Grundsätze Anwendung finden. Dafs es in Wirklichkeit keine Gesammtkirche als civilistisches Rechtssubject giebt, hat andere Gründe, und soll später erörtert werden.

[1] „Neue Religionsgesellschaften dürfen sich bilden; einer Anerkennung ihres Bekenntnisses durch den Staat bedarf es nicht.“

[2] Brinz, (Pand. I. 135) hebt ebenfalls — unter Berufung auf Roth (Iherings Jahrb. I. 204) — hervor: „Es ist gewifs, dafs die Kirche, wie der Staat und die Gemeinde, unabhängig von ihrer juristischen Persönlichkeit bestehen.“ — Merkwürdigerweise wird der obige Satz von Zorn geleugnet, indem er den Ausspruch des Chef des eidgenössigen Justizdepartements, Bundesraths Ceresole, bekämpft, dafs „die Kirche über Dogmen und Disciplin ungehindert entscheiden solle.“ (Ueber einige Grundfragen des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik 1876, Seite 8.) Mit Recht spricht dagegen der spätere badische Justizminister Grimm der „staatlichen Gesetzgebung“ jeglichen „Einflufs auf die innere Verfassung beider Kirchen“ ab. (Commissionsbericht der zweiten Badischen Kammer zum Stiftungsgesetz [1869], Seite 101), desgleichen der frühere württembergische Cultusminister Golther (der Staat und die katholische Kirche, Seite 15). Anderntheils folgt aus der Reception der (dogmatischen) Kirche im Staate noch keineswegs die Anerkennung einer privatrechtlichen Befugnifssphäre. Nichts Anderes will Hübler mit seinen Ausführungen (S. 151) beweisen, und die von Hirschel (76 f.) hiergegen gerichtete Polemik ist nutzlos. Die staatliche Anerkennung resp. Nichtanerkennung der (dogmatischen) Kirche hat allerdings für die Frage ihrer Existenz gar keine Bedeutung; um so wichtiger aber ist diese bezüglich der Existenz einer civilistischen Machtsphäre, nicht zwar so, als wenn dadurch erst die Substanz dieser Befugnifs erschaffen würde — in dieser Beziehung hat Hirschel mit seinen Ausführungen S. 75, 77 u. a. O. vollständig Recht —, sondern vielmehr so, dafs hierdurch erst ihre rechtliche Bedeutsamkeit beginnt.

er ist fertig, noch negiren: denn er ist unzerstörbar. Eine staatliche Anerkennung hat hier auch schon deshalb nicht den Sinn, wie bezüglich der civilistischen Machtsphäre, weil die aus dem dogmatischen Kirchenbegriff sich ergebende rein geistige und auf das Jenseits gerichtete Aufgabe in keiner Weise in den Staatszweck hineingreift.

Von dieser göttlichen Rechtssubjectivität ist aber die civilistische Rechtsfähigkeit der Kirche, um die es sich hier handelt, himmelweit verschieden. Die göttliche Rechtssubjectivität äufsert sich im Definiren, in der unfehlbaren Verkündigung der Glaubens- und Sittenlehren, die privatrechtliche Personalität aber in der Befähigung zum materiellen Erwerb. Das Erscheinen Christi war wohl nöthig, um den richtigen Glauben zu erwecken und die Lehren einer wahren Sittlichkeit, z. B. das Verständnifs für das Erhabene der Vermögenslosigkeit, zu verbreiten. Die Vermögenserwerbsfähigkeit der Kirche aber auf einen Constitutivact Gottes zurückzuführen, ist durchaus unverständlich. Eine derartige schöpferische Thätigkeit Christi war aber auch nicht nöthig: denn was sich von selbst in der natürlichsten Weise an der Hand der weltlichen Gesetzgebung regelt, das ist der Nothwendigkeit göttlicher Einsetzung überhoben. Es ist bezeichnend für die ganze gegnerische Argumentation, dafs sämmtliche Anhänger der göttlichen Rechtstheorie zugleich auch Naturrechtstheoretiker sind. So ist die Rechtsfähigkeit der Kirche in gleicher Weise als das Resultat eines speciellen göttlichen Schöpfungsactes und als ein ganz natürliches, von Haus aus vorhandenes Grundrecht gekennzeichnet. Beides nebeneinander aber ist unmöglich.

Unsere Ausführungen richten sich insbesondere auch gegen alle diejenigen, welche diese sowie die verwandten vermögensrechtlichen Fragen so gerne als kirchliche Verfassungsfragen ansehen.[1] Die

---

[1] So insbesondere Maas (Archiv IV. 659): „Diese Vorgesetzten haben der kirchlichen Verfassung gemäfs nicht die Gemeinde, sondern stets die Kirche als Rechtssubject ihres Vermögens erklärt.“ Ferner 663 und 694. Hirschel, Archiv 34, Seite 295. Mohl, Politik, Seite 238: „Die Frage, wer in der Kirche befugt ist, kirchliches Eigenthum zu erwerben, wird durch die Verfassung einer jeden Kirche bestimmt.“ — Die Hereinziehung der kirchlichen Verfassung hat aber schon allein deswegen nicht unsern Beifall, weil man

Verfassung der katholischen Kirche ist bekanntlich in ihrer Grundlage dogmatischen Charakters, ein Wechsel erscheint somit als ausgeschlossen. Nun ist es aber doch Thatsache, dafs die Kirche die Anerkennung als unkörperliche Person und damit die rechtliche Eigenthumsfähigkeit erst durch Constantin erhalten hat.[1] Ferner: ist denn die katholische Kirche heute allüberall, z. B. in China, oder auch nur in ganz Amerika, erwerbsfähig? Wer möchte aber deshalb die dortige Kirche des Charakters der Verfassungswidrigkeit zeihen.[2] Und doch spricht Helle von dem Eigenthumsrecht als einem „**wesentlichen** und göttlichen Recht" der Kirche.[3] Franz[4] schrieb anläfslich der Vorlage des preufsischen Kirchenvermögensverwaltungsgesetzes: „Besser, Alles verloren, besser, arm sein und

---

hier stets im Unklaren darüber gelassen wird, ob die dogmatische Grundverfassung oder die entwicklungsgeschichtliche Ausprägung gemeint ist. Selbst Poschinger, der es doch für „grundfalsch" hält, „Verfassung und Dogma der Kirche in Fragen hereinzuziehen, die rein privatrechtlicher Natur sind," ist hier nicht vorwurfsfrei. Denn er bezeichnet es z. B. als „unvereinbar mit der Verfassung der Kirche, wollte man die Kirchengemeinde als Rechtssubject des K.-V. anerkennen" (S. 197, N. 9), eine Auffassung, die auch Richter-Dove theilt (Lehrb. 7, Aufl. 1080, 1082, 1084). Die Sache ist die: der Staat kann jeden wirklichen Willensträger mit Rechtssubjectivität bekleiden. Das Vorhandensein eines Willensträgers ist hier allerdings in der Regel durch die Bethätigung der Kirchengewalt bedingt: und da mufs schon jetzt darauf hingewiesen werden, dafs die Kirchengemeinde durch das Kirchenregiment ins Leben gerufen ist, auf keinen Fall aber gegen deren Willen besteht.

[1] Insbesondere 2. Toleranzedict (312): vergl. *Euseb. hist. eccl.* IX. 10 und 3. Toleranzedict (313): vergl. *Euseb. hist. eccl.* X. 5. Erst 321 erhielt die Kirche die damals den unkörperlichen Personen nur *privilegio speciali* zu Theil werdende (l. 8 C. II. 24) *testamenti factio passiva* (vergl. Titel zu l. 4 C. Th. XVI. 2).

[2] Vgl. die treffenden Ausführungen v. Poschingers, S. 3, 301. Was Hirschel (S. 71) darauf zu erwidern hat, ist im hohen Grade charakteristisch: „Allein dies Alles ist gerade die offenbare Bestätigung dafür, dafs in Nordamerika die katholische Kirche, obwohl sie legal nicht anerkannt und geschützt wird, dennoch in Wirklichkeit als eine Rechtspersönlichkeit, welche Eigenthum besitzt, verwaltet und verwendet, besteht, wenn sie dies dort auch nur auf Umwegen, also in beschwerlicherer und unter Umständen nachtheiligerer Weise sein kann." Auf diese Art kann man freilich Alles beweisen.

[3] S. 5.

[4] Das kath. Kirchenvermögen, S. 26.

katholisch bleiben, als mit der Rettung des Vermögens das katholische Gewissen beflecken.“ Ebenso erklärte der Bischof Martin[1] „jede derartige octroyirte Einmischung, unter welchem Titel sie auch geschehen, (als) unbefugten Uebergriff in die kirchliche Selbständigkeit und Freiheit, (als) eine Vergewaltigung des heiligen, natürlichen und göttlichen Rechts der Kirche.“[2] Wir sind zwar auch der Ansicht, dafs zur qualificirten Vorlage die genügende Veranlassung fehlte, und das Gesetz hat aus mehr als einem Grund, besonders seitdem wir einen praktischen Einblick in die heutige theils unfähige, theils widerwillige Kirchenvermögensverwaltung gewonnen haben, nicht unsere Sympathie. Aber die vielfachen in und aufserhalb des Abgeordnetenhauses erfolgten Berufungen auf das göttliche Recht und die kirchliche Verfassung, welche den Einflufs der Laien und folgeweise der Kirchengemeinde ausschliefse, sind nichtssagend, und sie mufsten nachträglich ihre Urheber in den Augen jedes Vernünftigen empfindlich blofsstellen. Noch Geffcken,[3] wie viele katholische Abgeordneten, hielten die Verwerfung des bezeichneten Gesetzes durch den Episcopat für sicher, und die Eingabe des Erzbischofs von Köln vom 10. März 1875 mufste in dieser Ansicht bestärken. Aber wider Erwarten erfolgte im Juli 1875 die Annahme des Gesetzes durch den Fürstbischof von Breslau, andere Bischöfe, auch der Erzbischof von Köln, folgten nach, und P. Reichensperger[4] u. A. erklärten nunmehr den

---

[1] Katechismus des römisch-kath. Kirchenrechts 1875, S. 30.

[2] Dauzenberg, der im preufsischen Abgeordnetenhause seinen Standpunkt mit den Worten kennzeichnete: „Nie verläugn' ich meine Fahne, ja ich bin Ultramontane,“ war der Einzige aus der Opposition, welcher in genannter Beziehung eine gemessene Stellung einnahm. Er erklärte: „Das innere Lebensgebiet der Kirche wird hier nicht, wenigstens nicht direct betreten“ (Sitzung v. 16. Febr. 1875, Stenogr. 278), und später: „Wenn auch die Vermögensverwaltung kein Gebiet ist, welches das innere Lebensgebiet der Kirche direct angeht, so ist sie doch immerhin eine Angelegenheit, welche das innere Lebensgebiet der Kirche sehr nahe berührt und auf das innere Lebensgebiet der Kirche von einem wesentlichen Einflufs ist“ (2. Lesung, 24. April 1875, Stenogr. 1437). Die Motive (N. 16, Anlage S. 201) erblicken in Uebereinstimmung mit dem preufs. Landrecht, Th. II., tit. 11, § 157 u. 217, in der Vermögensverwaltung die „Verwaltung der äufseren Rechte der Kirchengesellschaft.“

[3] Staat und Kirche, in ihrem Verhältnifs geschichtlich entwickelt, 1875, S. 670.

[4] Culturkampf, S. 33.

Staat im Princip für competent zur Erlassung eines derartigen Gesetzes. Die Berufung auf das göttliche Recht und die Verfassung der Kirche war so zum Schwert geworden, das sich gegen den Träger kehrte. Denn die Logik verlangt Folgendes: Entweder ist das preufsische Kirchenvermögensverwaltungsgesetz gegen das göttliche, unveränderliche Recht und die unverrückbare Verfassung der Kirche gerichtet: dann ist eine Anerkennung desselben durch den Episcopat ausgeschlossen, resp. ein Verrath — oder es verstöfst nicht gegen das göttliche Recht, und dann war die entgegengesetzte Behauptung nur eine Verwirrung der Geister.

Wir kommen also zu dem Resultat: die private Rechtsfähigkeit der Kirche erfolgt durch keinen Constitutivact, mag dieser nun einen göttlichen oder staatlichen Charakter annehmen. Die Rechtsfähigkeit ist vielmehr nur eine Qualification des sich bethätigenden Einzel- oder Gesammtwillens, insoweit dieser die Anerkennung der Rechtsordnung findet. Aber auch diese Anerkennung kann nicht durch das göttliche Recht erfolgen, da dieses dogmatischer Natur ist und auf einem materialistischen Gebiete keine Stelle findet. Die Anerkennung der Rechtsordnung ist vielmehr im Grunde nur die Erklärung, die Willensbethätigungen innerhalb gewisser Grenzen schützen zu wollen, eine Aufgabe, die dem göttlichen Rechte niemals zukommt.

§ 18.

2. Die civilistische Rechtssubjectivität der Kirche.

Die Anerkennung der civilistischen Rechtsfähigkeit der Kirche kann also durch das göttliche Recht nicht erfolgen. Ist es nun nicht denkbar, dafs, wie die publicistische Rechtspersönlichkeit des Staates durch die selbstverständliche und stillschweigende Selbstanerkennung rechtlichen Bestand hat, so die civilistische Rechtsfähigkeit der Kirche auf eine ähnliche stillschweigende Selbstanerkennung dieser privatrechtlichen Person zurückgeht? Auch diese Auffassung ist unhaltbar. Wir haben dargethan, dafs die körperlichen und unkörperlichen Personen nach ihrer juristischen Seite principiell gleich zu behandeln sind. So wenig nun die private Rechtsfähigkeit der körperlichen Person dem Willen ausschliefslich

ihre Existenz verdankt, ebensowenig kann die zur Rechtssubjectivität einer unkörperlichen Person nothwendige Anerkennung der Rechtsordnung durch eine stillschweigende Selbstbilligung ersetzt werden. Genau besehen hiefse das: Die unkörperliche Person hat ein angeborenes Recht. Nun können wir allerdings — und zwar sowohl bei den körperlichen als unkörperlichen Personen — im gewissen Sinne von einer angeborenen Macht- oder Willenssphäre sprechen. Aber das Recht ist nicht blofs Macht, sondern geschützte Macht. Dieser Schutz und die parallellaufende Anerkennung deriviren aber — dem Charakter der Selbsthülfe enthoben — nie und nimmer von einer civilistischen Persönlichkeit, entstammen vielmehr stets einer publicistischen Machtfülle. Wie hinter dem Fiscus die öffentlichrechtliche Person des Staates steht, so bedarf auch die Privatrechtsperson der Kirche der Anerkennung und des Schutzes eines publicistischen Machtträgers. Die entgegengesetzte Ansicht ist falsch und beruht auf einer rein naturrechtlichen Auffassung. Dies beweist wiederum am deutlichsten folgende Darlegung von Hirschel: „Die „katholische Kirche hat also, wie gezeigt, gemäfs des Begriffes der „Gesellschaft nach dem natürlichen Rechte im engeren Sinne, „und da das Privateigenthum bei allen civilisirten Völkern besteht, „auch nach dem *jus humanum,* dem *jus gentium,* dem natürlichen „Rechte im weiteren Sinne, Rechtsfähigkeit überhaupt.“ [1] Wie es aber kein Naturrecht im Sinne einer verpflichtenden Gesetzesnorm giebt, so existirt auch neben oder über der Rechtsordnung kein *jus dominii nativum.* Als Recht gilt vielmehr nur die positivrechtliche Befugnifs.

Hirschel, [2] Lehmkuhl [3] Schneemann u. A. berufen sich zur Stütze ihrer göttlich-naturrechtlichen Auffassung auf die im Syllabus vom 8. December 1864 condemnirte These N. 26: *„Ecclesia non habet nativum ac legitimum ius acquirendi ac possidendi.“* [4] Ebenso hatte Molitor als Mitglied der kirchlich-politischen Vor-

---

[1] Archiv 34, S. 75.

[2] Archiv 34, S. 83. Archiv 27, S. 24 ff.

[3] Stimmen aus Maria Laach VIII. 513.

[4] Man vgl. auch die Allocution v. 27. Sptbr. 1852; 22. Jan. u. 26. Juli 1855; 15. Decbr. 1856; das apostol. Schreiben v. 10. Juni 1851, und die Encycl. vom 17. Septbr. 1863.

bereitungscommission für das Vaticanische Concil in seinem *„votum de bonis ecclesiasticis deque eorum libera administratione,“* p. 38 vorgeschlagen: *„A synodo oecumenica declaretur, potestatis civilis esse . . . agnoscere ecclesiae ius nativum possidendi et administrandi bona sua.“* Aus dem Molitor'schen *votum* geht aber hervor, dafs das *ius nativum* sonst nichts ist als der unabhängig von der staatlichen Rechtsordnung vorhandene, zur Rechtsträgerschaft geeigenschaftete Wille, dem gegenüber man das staatliche *agnoscere* ja wohl als sittliche Pflicht bezeichnen kann.[1] Dem stimmen wir ja auch zu: aber es ist ein Fehler, wenn man dieses Rechtssubjectivitätssubstrat schon Rechtssubject, wenn man die mit dem Willen von Haus aus verbundene Befugnifssphäre schon Rechtssphäre nennt. So glauben wir, dafs sich unsere Auffassung sehr wohl mit dem Inhalt — freilich nicht mit dem Wortlaut — des Syllabus vereinbaren läfst,[2] wie schon Schulte — allerdings unter heftigem Wider-

---

[1] Richter-Dove (Lehrb., 7. Aufl., 1075 N. 5): „Daraus, dafs die Kirche als Gemeinschaft der Gottesverehrung nothwendig Rechtsordnung an sich hat, und für die Existenz der rechtlichen Kirche Vermögen unentbehrlich ist, folgt aber nur, dafs ihr Anspruch an den Staat (wie derjenige der Individuen, Gemeinden) auf Anerkennung ihrer Erwerbsfähigkeit in der ethischen Berechtigung ihrer Existenz begründet ist.“

[2] So hat auch die Formulirung der Encyclica, worin die preufsischen Maigesetze als *leges irritae* bezeichnet wurden, schon recht viel Verwirrung angestiftet. Wir sehen hier von der unter Andern auch durch den Fürsten Bismarck vertretenen Ansicht, wonach die Encyclica nach katholischer Auffassung ein „Glaubensartikel“ sei (Landtagsverhandlungen v. J. 1875, Stenogr. 1279), vollständig ab, — denn das ist sie zweifellos nicht — darin aber wird man zustimmen müssen, dafs nach dem Wortlaut der Encyclica die Souveränetät des preufsischen Staates blofsgestellt ist (Motive z. Gesetz betr. Aufhebung der Art. 15, 16 u. 18 der V. U. (1875), und dazu Fürst Bismarck (Stenogr. 1279, Falk, 1281). Von Seiten des Centrums wurde nun behauptet, dafs dem *irritum* nicht die Bedeutung einer Nichtigkeitserklärung innewohne; insbesondere führte Reichensperger aus, hier sei „nicht die absolute Ungültigkeit oder Nichtigkeit, sondern nur die relative Wirkungslosigkeit nach irgend einer bestimmten Richtung . . . also hier nach der kirchlichen Richtung hin“ ausgesprochen (Stenogr. 1263, ferner 1266), und v. Gerlach meinte: „Der Zusammenhang ergiebt, dafs der Papst die Maigesetze nur für nicht befolgbar den Bischöfen und überhaupt Katholiken hat erklären wollen“ (Stenogr. 1349). Wir glauben trotz des Widerspruchs, den diese Auffassung im preufsischen Abgeordnetenhause erfahren hat, ebenfalls, dafs in der Encyclica nur die Frage der sittlichen

spruch Hirschels[1] — erklärte, dafs „der Gegensatz dieser These gar keine Sätze ergiebt, welche mit dem principiellen Rechte des Staates in Collision kommen oder auch nur die Entwicklung negiren.“[2] Ganz so verhält es sich auch mit N. 30 des Syllabus: *„Ecclesiae et personarum ecclesiasticarum immunitas a iure civili ortum habet.“* Auch wir verlegen die Quelle der Rechte — das soll doch wohl *ortum* heifsen — nicht in die Rechtsordnung — in dieser Beziehung schliefsen wir aber nicht blofs die staatliche, sondern im Gegensatz zu Hirschel auch die kirchliche aus — vielmehr hat jeder sowohl physisch - einfache als künstlich - einheitliche Wille in und mit seiner Existenz seine Befugnifssphäre, die andierntheils aber erst durch die Anerkennung und Abgrenzung der Rechtsordnung zur Rechtssphäre wird. Dieses staatliche Recht ist aber gerade bezüglich der Immunitäten so sehr von Wichtigkeit, dafs hierdurch nicht blofs der Umfang derselben bestimmt, sondern diese sogar — ob in Erfüllung oder Verleugnung einer sittlichen Pflicht, ist hier nicht die Frage — geradezu negirt werden können. Das zeugt am deutlichsten die von Loening skizzirte

---

Befolgbarkeit, nicht aber diejenige der staatsrechtlichen Gültigkeit behandelt sein will, wie z. B. auch das militärische Ehrengericht, welches die Annahme eines Duells befiehlt, die rechtliche Bedeutung des strafgesetzlichen Duellparagraphen keineswegs in Zweifel zieht, wir müssen aber zugestehen, dafs zu diesem Zweck der Ausdruck »*irritum*« denkbar unpassend gewählt wurde. Wenn man selbst nöthig hatte, wie dies im Herrenhause geschah, die *ova irrita* oder »Windeier« des Plinius zur Erklärung dieses Irritum-Charakters heranzuziehen — eine »heitere Interpretation«, wie sie der Minister Falk im Abgeordnetenhaus (Stenogr. 1281) mit Recht genannt hat — dann ist erwiesen, dafs die Terminologie der Encyclica unpräcis ist, dafs sich Wort und Absicht nicht decken. Uebrigens ist die curialistische Terminologie bei Verurtheilungen sehr entwickelt, wie beispielsweise der päpstliche Protest gegen den Westfälischen Frieden (*Bulle Zelo domus Dei* v. 20. November 1648) zeigt: *„Ipso iure nulla, irrita, invalida, iniqua, iniusta, damnata, reprobata, inania viribusque et effectu vacua omnino fuisse et esse et perpetuo fore . . . decernimus declaramus.“*

[1] Archiv 27, S. 25: „Das kann nur auf Unfähigkeit, richtig zu denken (!) oder auf leichtfertiger Oberflächlichkeit (!) oder auf verblendeter und verwirrender Leidenschaftlichkeit beruhen (!).“

[2] Die juristische Persönlichkeit der kathol. Kirche, ihrer Institute und Stiftungen, 1869, 7 N. 13. Anders urtheilt er in der „Denkschrift über das Verhältnifs des Staates zu den Sätzen der päpstlichen Constitution v. 18. Juli 1870“, S. 69

geschichtliche Entwicklung der kirchlichen Immunitäten.[1] Dafs durch die päpstliche Gesetzgebung die alte Frage: Ist es erlaubt, dem Kaiser Zins zu geben, nach der wahrhaft göttlichen Lösung nunmehr im kalt verneinenden Sinn entschieden sei, wird doch kein Katholik glauben. Keine der erwähnten Thesen hat eine

[1] Geschichte des deutschen Kirchenrechts, I. 228—233. — Man nahm bis jetzt allgemein an, dafs Constantin der Kirche eine allgemeine Steuerbefreiung zu Theil werden liefs. Nach dem Vorgang von Gothofredus (IV. 7 sqq.) erblickt man besonders in c. 1 Cod. Theod. XI. 1 die Bestätigung für eine sämmtlichen Kirchen ertheilte Steuerfreiheit. Dagegen bemerkt Loening, Geschichte des deutschen Kirchenrechts (I. 229 N. 1) ganz richtig: „Indessen mufs ein solcher Inhalt in die Worte hineingelegt werden; enthalten ist er darin nicht . . . Die Stelle scheint vielmehr auf Getreidelieferungen zu gehen." Es mufs späteren Forschungen vorbehalten bleiben, Art und Umfang der Constantinischen Steuerprivilegien wissenschaftlich zu klären. Von Interesse ist ferner folgende Thatsache: Die Synode von Rimini (359) stellte an den Kaiser die Bitte, das Grundeigenthum der Kirche als steuerfrei zu erklären. Ein Jahr darauf gab der Kaiser die Antwort (c. 15, Cod. Theod. XVI. 2 u. 16): Die Güter der Kirchen und Geistlichen haben nicht blofs die gewöhnlichen Grundsteuern, sondern auch die aufsergewöhnlichen Zusteuern zu zahlen (Loening I. 229, 230). Von den letzteren ward die Kirche jedoch alsbald befreit, zwischen 390 und 397 (vgl. c. 21, Cod. Theod. XI. 16; c. 40, Cod. Theod. XVI. 2 und darüber Loening I. 231 Nr. 2). Die letztere Constitution (412) verleiht dazu ein neues Privileg: *„Non aurum ceteraque talia poscantur."* Darunter versteht Gothofredus (VI. 89) die Befreiung vom *aurum tironicum* oder der Rekrutensteuer, Loening aber wohl mit mehr Recht die Befreiung von der *auraria functio* oder Gewerbesteuer (I. 231, Nr. 2). Ueber die Befreiung von Grundlasten vgl. Loening I. 230 f. Als aber der kirchliche Wohlstand in demselben Mafse stieg, als derjenige der Bevölkerung in Folge der grofsen Ueberbürdung sank, begann gegen die Mafslosigkeit dieser Privilegien die Reaction. Bereits 423 wurde das Privileg der Grundlastenbefreiung dahin verkürzt, dafs die Kirche zur Unterhaltung der öffentlichen Wege und Brücken ebenfalls heranzuziehen sei (c. 3, Cod. Theod. XV. 3). Im Jahre 441 hob sogar Valentinian III. *(leges Nov. Valentiniani III. tit. X.)* alle Befreiungen von den auf Grund und Boden haftenden Lasten ausdrücklich auf (Loening I. 232). — Auf die geschichtliche Entwicklung der kirchlichen Immunitäten der neueren Zeit und die heutige, die kirchliche Steuerfreiheit beseitigende Civilgesetzgebung (Vering, Kirchenrecht. 2. Aufl., 764, N. 24.) einzugehen, ist hier, wo nur die rechtliche Natur der Immunitäten in Frage steht, nicht nöthig; aus demselben Grunde beschränkten wir uns auf eine Hervorhebung der wichtigsten römisch-rechtlichen Bestimmungen. Den oben erwähnten Thatsachen gegenüber klingt es wahrlich sehr eigenthümlich, wenn P. Clemens Schrader, S. J., in Uebereinstimmung mit

präcise und unzweideutige Formulirung, und es entsteht die Frage: welche Bedeutung haben diese päpstlichen Erklärungen, wenn sie im Hirschel-Schrader'schen Sinne genommen werden sollen? Und da müssen wir uns im Gegensatz zu der vielverbreiteten, insbesondere auch durch Schulte,[1] Berchtold,[2] Golther,[3] Schneemann, S. J.,[4] Zorn[5] und Andere vertretenen Ansicht von der dogmatischen Natur des erwähnten Syllabus, mit aller Entschiedenheit dahin aussprechen, dafs demselben der dogmatische Charakter völlig abgeht, und er nur als strafgesetzliche Normirung in Betracht kommt: er derivirt nicht aus der in Glaubens- und Sittenlehren als unfehlbar erklärten *potestas magisterii*, sondern aus der vor wie nach als irrthumsfähig zu betrachtenden *potestas iurisdictionis (legislatoria)*. Auch Hergenröther hat sich bereits gegen die herrschende Ansicht erklärt (kath. Kirche und christl. Staat, 2. Ausg.):

Hirschel (Archiv 27, S. 30), erklärt: „Die Immunität der Kirche und kirchlichen Personen hat nicht ihren Ursprung vom Civilrechte, sondern wurzelt im eigenen, von Gott ihr verliehenen Rechte der Kirche." (Der Papst und die modernen Ideen, 2. Heft: Die Encyclica, 1865, S. 65.) Vgl. auch die Schrift »Kirche und Staat« von Hammerstein, S. J. 137—142. Mit Recht sagt darauf Schulte: „Das aber wird dem Geschichtskundigen nicht einleuchten, und ob die Kirche ein Recht von Gott habe, Steuerfreiheit für ihr Gut und den Clerus zu fordern, das, glaube ich, kann man negiren, ohne darum aufzuhören, ein guter Katholik und treuer Sohn der Kirche zu sein oder dem Gehorsam gegen den apostol. Stuhl in kirchlichen Dingen zu nahe zu treten." (Die jur. Persönlichkeit der kath. Kirche, ihrer Institute und Stiftungen, 1869, S. 7, Nr. 13.) Vgl. auch dessen „Denkschrift über das Verhältnifs des Staats zu den Sätzen der päpstlichen Constitution vom 18. Juli 1870", S. 24. Gegen diese ganze Auffassung Hirschel im Archiv 27, S. 31 f. Wir wollen dem gegenüber nur auf folgende Aufserungen des Ambrosius hinweisen: Evang. Luc. l. 9. c. 35 (II. 1052): *„Et si tu vis non esse obnoxius Caesari, noli habere quae mundi sunt. Sed si habes divitias, obnoxius es Caesari." — Orat. contra Auxent. de trad. basil.* Ep. 21, c. 33 (II. 925): *Si tributum petit (imperator), non negamus;* ***agri ecclesiae solvunt*** *tributum."* c. 35: *„Solvimus quae sunt Caesaris, Caesari, et quae sunt Dei, Deo; tributum Caesari est, non negetur."*

[1] Denkschrift, 23, Macht der römischen Päpste, 25.

[2] Zum Hirtenbrief des H. Bischofs von Regensburg v. 22. Septbr. 1870, S. 15.

[3] Der Staat und die kath. Kirche, 4.

[4] Die kirchliche Lehrgewalt (Stimmen aus Maria-Laach X.) 1868, S. 5—23. Vgl. dazu Dieringer, Bonner Literaturbl., 1868, S. 396 ff.

[5] Ueber einige Grundfragen des Kirchenrechts, S. 10.

„Eine ganz falsche Voraussetzung der Gegner ist es, wenn sie „meinen, alle im Syllabus enthaltenen Sätze seien als Irrlehren, als „Häresien bezeichnet, es könnten also alle diesen verurtheilten „Sätzen entgegenstehenden Lehren je eigentliche Glaubenslehren „werden . . . Nirgends hat der Papst alle diese achtzig Sätze als „häretisch bezeichnet. Nur der contradictorische Gegensatz einer „häretischen Meinung kann als Dogma angesehen werden. Die ein- „zelnen Sätze sind nicht als häretisch oder mit einer andern Quali- „fication näher bezeichnet, sondern nur insgesammt als falsche und „verkehrte Meinungen verurtheilt . . . Von einer Dogmatisirung des „ganzen Syllabus in dem Sinne, dafs alle diese Sätze Irrlehren „seien, kann also keine Rede sein.“ [1] Die positive Charakterisirung Hergenröthers ist dagegen im hohen Grade unsicher und dunkel. Nach ihm geben die Encyclica und der angehängte Syllabus zwar „keine Glaubensregel im strengen Sinn, aber sie sind doch sehr dogmatische Urtheile“ (S. 130). Wir sagen es frei und offen heraus: Diese Distinction ist uns zu fein! Vering entscheidet sich dagegen in offenbarer Uebereinstimmung mit Hirschel (S. 32) ohne Umschweif, bezüglich des Syllabus, wie wir, gegen „den Charakter der dogmatischen Entscheidung.“ [2]

Wir müssen hier, wo wir diese Frage nur streifen, selbstverständlich von einer eingehenden Erörterung Abstand nehmen, aber unsere Ansicht doch dahin bestimmen, dafs der Syllabus nur als Strafgesetznovelle, nicht als dogmatische Definition zu betrachten ist. Er stellt eine Reihe kirchlicher Vergehen zusammen und bestimmt die Strafe. Wenn aber eine derartige strafrechtliche Normirung als dogmatische Verkündigung in Betracht kommen will, wie dies bei den Condemnirungen der Häresien der Fall zu sein pflegt, so mufs sie sich ebenso bestimmt als solche ankündigen als auf Glauben und Moral beschränken. Beide Erfordernisse gehen dem Syllabus, zum mindesten den erwähnten Thesen, ab. Wie aber die kirchliche Strafgesetzgebung das Zinsnehmen mit dem Banne bestrafen durfte, so könnte sie auch die Vertheidigung einer später als selbstverständlich betrachteten Wahrheit einmal mit Strafe bedrohen. Ein solches Strafgesetz wäre zweifellos formell ebenso

[1] S. 129 f., 133. — [2] Lehrb. des K. R. 1881, S. 531[8].

richtig als inhaltlich verkehrt, und die traurigen Consequenzen, welche die Ausführung eines solchen Gesetzes nach sich ziehen müſste, würden ausschlieſslich auf den Gesetzgeber zurückfallen. Denn der Mensch ist weder der Staats- noch der Kirchengewalt gegenüber ein einfaches Verbrauchsmaterial.

Die sog. naturrechtliche Rechtssubjectivität der Kirche löst sich also bei näherer Betrachtung in eine nothwendige oder immanente Rechtsfähigkeit auf: „Die katholische Kirche besitzt „aber diese Rechtsfähigkeit mit noch gröſserem Rechte als eine ge- „wöhnliche Gesellschaft, da sie eine religiöse, also eine für das „menschliche Zusammenleben nothwendige, weil in der Natur des „Menschen gegründete Gemeinschaft ist.“ [1] Diese Folgerungen sind aber schon von v. Poschinger mit Recht als „arger Trugschluſs“ [2] bezeichnet worden, und bereits Hübler hat darauf erwidert: „Käme es bloſs auf die immanente Nothwendigkeit des Güterbesitzes an, so würde auch jede Handelsgesellschaft *eo ipso* die Corporationsqualität beanspruchen können.“ [3] Merkwürdigerweise erklären Lehmkuhl [4] und Hirschel diesen Schluſs, letzterer unter der undelikaten Bemerkung, daſs so etwas nur „bei den auf den Staatsuniversitäten geschulten Juristen“ [5] möglich sei, für eine offenbare *„petitio principii“*. — Die immanente Nothwendigkeit der Eigenthumsfähigkeit der Kirche unterliegt den erheblichsten Zweifeln, wenn sie auch von Hirschel, [6] Helle, [7]

---

[1] Hirschel, S. 75. Ferner S. 64: „Die aus der Natur des Menschen entstehenden und darum unbedingt nothwendigen gesellschaftlichen Verbindungen, die häuslichen, gemeinheitlichen, staatlichen und kirchlichen, müssen an und für sich schon Rechtsfähigkeit, namentlich die Befugniſs, zu erwerben und zu besitzen, haben und können dieselbe unmöglich von einem andern, auſser ihnen Befindlichen erhalten.“ Desgleichen Lehmkuhl, Stimmen aus Maria Laach, VIII. 512 ff.

[2] S. 2[4]. — [3] S. 151[5].

[4] Stimmen aus Maria Laach VI. 514.

[5] S. 76. Die »Staatsjuristen« sind ihm überhaupt ein Dorn im Auge: S. 51, 55, 73, 86. Desgleichen dem Curialisten *de Angelis (Praelectiones iuris canonici III., p. I. 88 sqq.)* die *„Juristae ex schola liberali (liberalium“)* oder die *„juristae aulici.“*

[6] Archiv 34, S. 64—89 u. Bd. 27, S. 26 f.

[7] Das kirchl. Vermögen, 1 ff. „Wer in der Welt ein Recht auf Existenz hat, hat auch das Recht auf Besitz von Existenzmitteln, dieses sind zwei Rechte,

Phillips,[1] Hergenröther,[2] W. Maurer,[3] Silbernagl,[4] Franz,[5] Maas,[6] Gerlach,[7] Montpellier[8] und dessen Recensenten,[9] Lehmkuhl[10] und insbesondere auch Schulte[11] behauptet wird. Wenn gewisse Orden, die ja die höchste Vollendung des kirchlich-religiösen Lebens repräsentiren, die Nothwendigkeit einer totalen Vermögenslosigkeit *in communi et particulari* zu ihrem ersten und charakteristischsten Merkmal erheben,[12] so wird die immanente Nothwendigkeit des Vermögensbesitzes für Kirche und kirchliche Institute doch erst gründlich bewiesen werden müssen.[13] Und geben wir auch die innere Noth-

---

die voneinander unzertrennlich sind." S. 15: „Die Zulässigkeit und das Recht auf Besitz von kirchlichen Gütern ist derart eine Nothwendigkeit, daſs die Kirche resp. die Kirchen einfach wegen ihrer Existenz Eigenthümer sein können und sein müssen." Diese rechtliche Nothwendigkeit folgert er im letzten Grunde aus der »Idee des Priesterthums« (S. 4). Denn „so hat der Herr angeordnet, daſs diejenigen, welche das Evangelium verkünden, auch vom Evangelium leben sollen."

[1] Lehrb. (3. Aufl.) 463 ff.

[2] Kath. Kirche, und christl. Staat, S. 115: „Denn sie hat ein Recht auf die zur Erfüllung ihres Zweckes nöthigen Mittel."

[3] Ueber das Eigenthum an Kirchen und ihren Dependenzen, S. 14.

[4] Lehrb., S. 564. — [5] Das kath. Kirchenvermögen, 5.

[6] Archiv IV. 659. — [7] Lehrb. 1876, S. 253.

[8] *Défense des droits de Dieu, c. 1.*

[9] Archiv 15, S. 147, 151.

[10] Stimmen aus Maria Laach VIII. 513 ff., 431 ff., 437.

[11] System (1856), S. 471: „Mit der Kirche ist . . . die Vermögens- und Erwerbsfähigkeit nothwendig verbunden und bedurfte daher offenbar keiner besonderen Anerkennung" Und in seinem Lehrbuch (1863), S. 426, leitet er „das Recht (der Kirche) zum Erwerben . . . ab aus der Nothwendigkeit." Erwerbs- und Besitzfähigkeit, 33: „Dieses (das röm. Bisthum) ist somit in der That ein nothwendiges . . . Seine private Persönlichkeit ist deshalb auch mit der Kirche selbst gegeben."

[12] Das hat Lehmkuhl wohl nicht bedacht, als er schrieb: „Nun aber wird dieses Leben schwerlich gedeihen, wenn nicht die einzelnen Orden und Genossenschaften wenigstens als vermögensrechtliche Subjecte dastehen." Stimmen aus Maria Laach VIII. 440. Desgleichen die »Juristische Rundschau« 1883, 3. Heft, S. 87: „Das Eigenthumsrecht ist nichts anderes als das Recht zu leben" und S. 91: „Das Erwerbs- und Eigenthumsrecht ist also in Kürze nichts anderes als das Recht der Existenz und der Erhaltung." Die Mendicantenklöster leben aber doch ohne Eigenthumsrecht.

[13] Rüttimann sagt treffend: „Eine Kirche kann ohne alles Vermögen bestehen, sie kann aber auch aufs reichlichste, ja ganz im Uebermaſse ausgestattet

wendigkeit eines Vermögens für kirchliche Zwecke zu: wer darf denn daraus folgern, dafs die Kirche nothwendig auch Eigenthumssubject desselben ist. Nöthig ist dann doch nur, dafs für diese Zwecke Vermögensmittel zur Benutzung stehen, nicht aber dafs sie von der Kirche auch zu Eigenthum besessen werden, nöthig ist nur, dafs sie den kirchlichen Zwecken thatsächlich dienen, wenn sie auch Treuhändern eigenthümlich zustehen.[1] Aber auch die Nothwendigkeit des Eigenthums zugegeben, warum mufs denn die Kirche dieses gerade als unkörperliche Person haben, genügt da nicht, dafs sie es, wie vielfach in den ersten christlichen Jahrhunderten, als Societätsgut besitzt? v. Poschinger hat recht, wenn er unter dem Hinweis, dafs in den ersten drei Jahrhunderten die Eigenthumsfähigkeit der Kirche „soviel als gar nicht anerkannt" war, hervorhebt:[2] „Gleichwohl gedieh die Kirche prächtig und hatte „mitunter bessere Früchte aufzuweisen, als im 19. Jahrhunderte,[3] „wo die Kirche unter rechtskräftigem Titel Milliarden zusammen- „gehäuft hat.[4] Allein wir brauchen keineswegs so weit in der Ge- „schichte zurückzublättern. Wird etwa die Eigenthumsfähigkeit „der Kirche in China anerkannt, oder in allen Ländern Amerikas? „Oder fühlt sich die Kirche deshalb daselbst nicht lebensfähig?"

Aber auch von ihrem Standpunkt aus hätten die genannten

---

sein. Beide Extreme finden sich in den Vereinigten Staaten" (Kirche und Staat in Nordamerika, S. 78 f.).

[1] Das Institut der Treuhänder oder Salmans kennt die katholische Praxis sehr wohl. Schon die Wendung „*res ecclesiae ad ius singulorum pertinentes*" im Constantinischen Restitutionsedict legt es nahe, dafs sich zur Zeit der Verfolgungen das kirchliche Eigenthum hinter Treuhändern versteckt hatte. Dies geschah wieder zur Zeit der französischen Revolution, und so ist es in vielen amerikanischen Staaten heute noch üblich. Vgl. Poschinger, 301.

[2] S. 3.

[3] u. [4] Hirschel citirt ebenfalls obige Worte v. Poschingers und macht an diesen Stellen Fragezeichen. Will etwa Hirschel die Opfer- und Glaubensfreudigkeit der ersten Christen nicht über die unsrige stellen? Uebrigens spricht v. Poschinger nicht von einem schlechthinigen Vorzug der Christen der ersten drei Jahrhunderte, sondern gebraucht den beschränkenden Ausdruck »mitunter«. Und will Hirschel ferner bestreiten, dafs die Kirche »Milliarden" im Vermögen hat? Er soll sich mit uns freuen, dafs dieselbe für ihre kirchlichen und Wohlthätigkeitszwecke so reichliche Mittel besitzt, eine feststehende Thatsache aber nicht wegleugnen!

Schriftsteller, insbesondere auch de Angelis,[1] bedenken sollen: Aus der Nothwendigkeit gewisser die Existenz bedingender Mittel kann ein Recht auf dieselben niemals hergeleitet werden. Die gegenseitige Ansicht führt zum Communismus. Bolze sagt einmal sehr treffend: „eine Bergbaugesellschaft bedarf eines Bergwerks, und eine Schneiderinnung kann keine Bedeutung in einem Lande gewinnen, in welchem die Menschen unbekleidet einhergehen.“[2] Daraus folgt also nicht, dafs die zur Existenzbegründung erforderlichen Mittel gewährt werden müssen, sondern nur, dafs im Nichtgewährungsfall eine Existenzmöglichkeit nicht vorliegt. Macht man also den Vermögensbesitz zum nothwendigen Existenzmittel, so folgt daraus nur:

1. Das Entstehen der Gesellschaft wird verhindert und die Existenz untergraben, wenn die Rechtsordnung die oben bezeichnete Fähigkeit nimmt oder in Verkennung einer sittlichen Pflicht nicht giebt.
2. Die Gesellschaft erfüllt nicht ihre Aufgabe oder löst sich auf, beziehungsweise kommt nicht zum Entstehen, wenn die Mittel thatsächlich nicht gewonnen werden. Letzteres wäre der Fall, wenn die als rechtsfähig anerkannte Person der Kirche, z. B. beim Mangel an Zuwendungen, ein actuelles Vermögen nicht erhält. Hierdurch wäre aber die vermögensrechtliche Abhängigkeit, welche man so gern mit der dogmatischen Integrität auf eine Stufe stellt, ebenfalls genügend gekennzeichnet.

Das sind die Schlüsse, zu welchen man von der übertriebenen Betonung einer die Existenz der Kirche bedingenden vermögensrechtlichen Selbständigkeit gelangen mufs, alles andere ist unwahr.

Es ist ein Grundirrthum bei Hirschel, dafs er die Vermögenssubjectivität als Essentiale der nothwendigen Vereinigungen auffafst (S. 64). Zu diesen zählt er nun mit Recht auch die ehelichen Verbände (61). und wirklich kommt Hirschel von hier zu dem ebenso logischen

---

[1] *Praelectiones iuris canonici*, II. p. I. 89. Dasselbe gilt für die in der »Juristischen Rundschau« 1883 (III.) S. 87. 91 entwickelte Ansicht.

[2] Begriff der jur. Person, 167, 165, 166.

als absurden Schlufs (264 und 262): Die Ehegatten bilden nothwendig „eine ungetrennte Gemeinschaft; was dem Einen gehört, gehört auch dem Andern.“ *Difficile est satiram non scribere!*

Hirschels Irrthum gipfelt darin, dafs er „eine jede Gesellschaft nothwendig als eine Persönlichkeit“ ansieht.[1] Dabei hätte er aber bereits von Renaud[2] hören können, dafs z. B. die Actiengesellschaft schon aufgefafst wurde als „modificirte Societät, als Gesellschaft mit formeller Einheit, als Genossenschaft, als sachenrechtliche Gesellschaft, als abhängiges Zweckvermögen, und als — juristische Person.“ Auf die juristische Wirklichkeit geprüft, ist der Hirschel'sche Satz unwahr, wie Hirschel von jedem »Staatsjuristen« hören kann, und nach seiner ideellen Brauchbarkeit betrachtet, enthält er eine unsinnige Forderung an den Staat resp. die Rechtsordnung. Es giebt doch, wie Hirschel wohl weifs,[3] manche Gesellschaft, welche „unrechtmäfsige Zwecke verfolgt oder ungerechte Mittel gebraucht.“ Soll sich der Staat auch mit diesen »moralischen Personen« abfinden, wie er ja auch mit den schlechten Menschen leben mufs? Hirschel ist ebenso wie de Angelis[4] in diesem Punkte inconsequent. Er hätte von seinem Standpunkt aus sagen müssen: Schlechte Gesellschaften sind auch Personen; bei erwiesenen Delicten werden sie jedoch gestraft — in den gefährlichsten Fällen werden sie sogar aufgelöst oder bürgerlich todt.[5] Statt dessen kommt er aber zu dem Schlufs, dafs schlechte Gesellschaften „an und für sich, in und mit ihrem Entstehen“ gar keine Rechtssubjecte sind.[6] Das ist unlogisch. Entweder ist »jede Gesellschaft« eine »juristische Person«, und dann ist auch die schlechte Gesellschaft, gerade wie der schlechte Mensch, Person.

---

[1] S. 69. Ferner 64 ff, 68. Der Unterschied zwischen der *universitas personarum* und der *societas* ist auch bei Montpellier *(Défense des droits de Dieu, c. 2)* und bei dessen Recensenten im Archiv 15, S. 148 f., verwischt.

[2] Das Recht der Actiengesellschaften, 2. Aufl. 1875, S. 133.

[3] S. 68. — [4] *Praelectiones iuris canonici II., p. I. 93.*

[5] So scheint denn auch Lehmkuhl (Stimmen aus Maria Laach VIII. 269) zu argumentiren; die Formulirung: „eine juristische Person für sittlich unerlaubte Zwecke ist ein Ding der Unmöglichkeit“ (ebend.) mufs dem nicht absolut entgegenstehen.

[6] S. 68.

Oder die schlechte Gesellschaft ist keine »juristische Person« — dann ist aber auch nicht schon jede Gesellschaft durch ihr Entstehen allein eine »juristische Person«. Die letzte Alternative trifft die Wahrheit. Ohne ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung der Rechtsordnung giebt es weder eine körperliche noch eine unkörperliche Rechtspersönlichkeit; ohne dieselbe giebt es wohl Macht, aber kein Recht, denn das Wesen des letzteren beruht in der Erzwingbarkeit. Vor welchem Forum aber Hirschel die Persönlichkeit der nicht anerkannten Kirche geltend machen will, ist uns unklar. Diese Anerkennung hat bei uns nicht den Beigeschmack der Staatsomnipotenz. Diese ist gerade so falsch, als Hirschels naturrechtliche Auffassung: die Wahrheit liegt in der Mitte. Der Unterschied zwischen den nothwendigen oder natürlichen und den freien oder gewillkürten Einheiten ist hier nur insofern relevant, als die Anerkennung der Gesellschaft als Person eine mehr oder weniger sittliche Pflicht sein kann.[1] Sämmtliche Collectivwesen sind nach Hirschel Personen; was ist dann aber die *societas*, deren charakteristisches Merkmal anerkanntermaſsen darin beruht, daſs sie keine Person ist? Hier ist doch auch „die Erkenntniſs des Zweckes und der Wille, ihn mit gemeinschaftlichen Kräften zu erreichen,“[2] das nothwendige und nach Hirschel allein genügende Merkmal der unkörperlichen Person, vorhanden. So hat Hirschel selbst nicht einmal die

---

[1] Dieser Auffassung stehen die Curialisten in der That oft recht nahe, indem sie grundsätzlich den Fall kennen „*in quo Status potest recognitionem hanc denegare*“ (de Angelis, *Praelectiones II. p. I. 93)*. Da muſs die *recognitio Status* doch wohl nothwendig für die Erwerbsfähigkeit sein, der Staat muſs sie ertheilen und verweigern können.

[2] S. 62. Ihm ist jede Gesellschaft nothwendig eine Persönlichkeit, „weil Ein gemeinschaftliches Erkennen und Wollen Einen gemeinschaftlichen Zweck mit gemeinschaftlichen Mitteln erstrebt.“ Von Belang ist nur das »gemeinschaftliche Wollen«. Wir haben es bei der »juristischen Person« aber nicht mit einem gemeinschaftlichen, sondern einem einheitlichen Willen zu thun. Die Summe der Willen ist nicht ihre Einheit. Die Summe ist nie eine selbständige Gröſse, ebensowenig als $4 + 3 = (\mathbf{4} + \mathbf{3})$ etwas Neues besagt. Die Einheit dagegen $(4 + 3 = \mathbf{7})$ ist eine neue Wirklichkeit. Die Einheit ist ein Ganzes, welches den einzelnen Bestandtheilen, ja selbst dem Wechsel seiner Theile gegenüber stets selbständig und real bleibt. Die Gesammtheit dagegen wird dadurch alterirt. Hieraus ergeben sich die rechtsdogmatischen Consequenzen bezüglich der unkörperlichen Person und der *societas* von selbst.

sogen. Substratsfrage der unkörperlichen Personen verstanden. Rechtsträger ist hier nicht die Willensgesammtheit, sondern nur die Willenseinheit. Letztere ist aber nur da vorhanden, wo auf das einzelne Mitglied in keiner Weise recurrirt wird, dieses vielmehr für die Corporation völlig indifferent ist. Nur die Willens e i n h e i t darf den Anspruch erheben, als Person anerkannt zu werden, die Willens g e s a m m t h e i t nie.[1]

Hirschel umgeht einfach die Anerkennungsfrage: „Sie (d. h. die Kirche) bleibt daher eine moralische, juristische Person, auch wenn sie mit Unrecht vom Staate nicht anerkannt und geschützt wird.“[2]

---

[1] Nach Innen sieht eine moderne Societät oft geradezu als Person aus, was z. B. sich darin zeigt, dafs ein ausscheidendes Mitglied keinen Anspruch geltend machen kann. Aber nach Aufsen tritt sie nie als ein einheitliches Rechtssubject, d. h. als Person auf. Diese Scheidung hat auch einen legislatorischen Ausdruck gefunden im preufs. A. L. R. II., tit. 6, § 13, 14: „Dergleichen Gesellschaften stellen im V e r h ä l t n i s s e g e g e n a n d e r e, a u f s e r i h n e n, keine moralische Person vor, und können daher auch als solche weder Grundstücke, noch Kapitalien auf den Namen der Gesellschaft erwerben. U n t e r s i c h a b e r haben dergleichen Gesellschaften, so lange sie bestehen, die inneren Rechte der Corporationen und Gemeinen.“ Vgl. auch „eine Art von halben juristischen Personen“ bei Koch, Preufs. Privatr. I. 156[5].

[2] Wie Hirschel argumentirt auch de Angelis, *Praelectiones iuris canonici II., p. I. 88, sqq.*, Montpellier, *Défense des droits de Dieu, c. 3 sqq.* und sein Recensent im Archiv 15, S. 152, Silbernagl, Lehrbuch des kath. Kirchenrechts 1880, S. 566. Ferner Lehmkuhl, Stimmen aus Maria Laach VIII. 432 ff., 434 f., 441, 521 ff. Dagegen Phillips (Lehrb. 3. Aufl. 464): „Für die irdischen Verhältnisse kommt es aber auch darauf an, ob dieser göttliche Beruf der Kirche (es geht voraus: „Die Kirche hat das Recht, zeitliche Güter zu erwerben, aus sich selbst und aus ihrem göttlichen Beruf“) in seinem ganzen Umfang anerkannt wird oder nicht.“ Die Denkschrift des Freiburger Capitel-Vicariats (betr. bad. Stiftungsgesetz 1869, S. 17) sagt: „Die Rechtspersönlichkeit der Kirche als Corporation resp. ihrer Institute und Stiftungen ist m i t d e r A n e r k e n n u n g der Kirche“ (also nicht schon durch ihre Existenz) „gegeben.“ Uebrigens ist die Fassung nicht ganz correct. Denn die Anerkennung der »juristischen Person« der Gesammtkirche würde keineswegs, wie die Denkschrift annimmt, die Anerkennung des civilistischen Persönlichkeitscharakters der Institute, sondern höchstens ihre Z u l ä s s i g k e i t involviren. Die civilistische Rechtsfähigkeit der Institute wird überhaupt nicht aus derjenigen der Gesammtkirche gefolgert, sondern ist als selbsteigene, durch die Rechtsordnung anerkannte Persönlichkeit, strictissime zu beweisen. Die Berufung auf Savigny System II., § 88 ff. und Schulte (jur. Persönlichkeit, 23, 60 ff., 108) ist hier nicht am Platze, denn diese

Die dogmatische Kirche braucht diese Anerkennung freilich nicht; bei der civilistischen Persönlichkeit der Kirche aber ist sie nöthig. Denn die Persönlichkeit beruht nicht in der Thatsache, sondern in der Anerkennung einer Willensmacht. Die Anerkennung der Privatrechtsfähigkeit der Kirche durch die civilistische Persönlichkeit der Kirche selbst genügt aber nicht, wie ja auch die Anerkennung einer körperlichen Person durch sich selbst keinen Sinn hat. Die Anerkennung ist vielmehr identisch mit Schutz; die Schutzverleihung aber ressortirt aus einer publicistischen Machtfülle, also ist die Anerkennung der Civilrechtspersönlichkeit der Kirche Sache einer öffentlich-rechtlichen Person. Ueber das Verkehrte der Lehmkuhl'schen Argumentation, welche diesen Schutz unmittelbar bei Gott sucht,[1] braucht man kein weiteres Wort zu verlieren. Im Uebrigen kommt Lehmkuhl trotz seiner göttlich-naturrechtlichen Ansicht S. 270 f. mit uns zu demselben Resultat: „Die Macht, „diese neuen Verhältnisse zu schaffen, scheint nun freilich den Bereich „des Privatwillens zu übersteigen . . eine solche allgemeine Ver- „pflichtung kann aber höchstens derjenige auferlegen, welcher über „die Gesellschaft eine wahre verpflichtende, gesetzgeberische Ge- „walt hat."

§ 19.

3. Die publicistische Rechtssubjectivität der Kirche.

Dafs die Kirche auch eine publicistische Machtfülle hat, ist nicht zu bezweifeln. Sie ist in dieser Richtung eine staatenähnliche Person.[2] Träger der Macht ist die Kirchengewalt in ihrer

---

behandeln an den angezogenen Stellen nur die Controverse, ob die beiderseits als nöthig erachtete Anerkennung in der Form des Rechtssatzes genüge oder die ausdrückliche Mitwirkung der Staatsgewalt erfordere. Die Formulirung der Denkschrift ist auch deshalb unpräcis, weil sie nicht mit Sicherheit erkennen läfst, ob mit der zur Persönlichkeit erforderlichen „Anerkennung der Kirche" nicht vielleicht schon die Reception des Christenthums als identisch gefafst ist.

[1] „Nun so schliefsen wollen: weil der Privatwille in dieser Hinsicht zu schwach ist, deshalb ist auch der höhere Wille, welcher zur Verfolgung ganz anderer Zwecke die Kirche ins Dasein gerufen hat, der göttliche Wille nämlich, zu schwach — das heifst doch stark auf die Gedankenlosigkeit der Leser oder Hörer rechnen." (!) Stimmen aus Maria Laach, VIII. 515.

[2] Bluntschli, das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten 1878, S. 67,

hierarchischen Gliederung: Primat, Episcopat, Presbyterat, Diaconat. Die hier in Betracht kommende Gewalt ist die *potestas iurisdictionis* und zwar die *potestas legislatoria* der Concilien und Kirchenobern. Die oberste Kirchengewalt erläfst Gesetze, ertheilt Privilegien und Dispensen. Es entsteht daher die Frage: Beruht die civilrechtliche kirchliche Persönlichkeit auf der stillschweigenden oder ausdrücklichen Anerkennung durch die öffentlich-rechtliche Person der Kirche, wie z. B. die rechtliche Natur des Fiscus sich auf die Anerkennung des Staates gründet?

Wir unterscheiden zwischen einer originären und derivativen öffentlich-rechtlichen Machtsphäre der Kirche.

Die erstere entwickelt sich aus ihrem dogmatischen Charakter und ihren göttlichen Institutionen, ohne selbst in ihrer Ausprägung dogmatischer Natur zu sein. Hier ist eine Anerkennung durch die weltliche Rechtsordnung wohl im höchsten Grade förderlich, aber nicht nothwendig. Aus dieser originär-publicistischen Persönlichkeit ressortirt die Gesetzgebung über die sog. inneren kirchlichen Angelegenheiten, z. B. Coelibat der Geistlichen, Ordnung des Klosterlebens, kirchliche Ehe, geistliche Amtspflichten und Strafrecht. Der Kirche steht auf diesen Gebieten die ausschliefsliche Competenz zu, selbst wenn sie sich manchen staatlichen Eingriff gefallen läfst. Wenn z. B. der Staat, worin ihm die Kirche vernünftigerweise zuvorkommen soll, die kirchliche Festsetzung weltlicher Strafen, besonders Geld- und Freiheitsstrafen, oder die Anwendung be-

---

71: „Die christlichen Kirchen sind keine völkerrechtlichen Personen im obigen Sinn, indem sie nicht Träger und Garanten des Völkerrechts sind, aber sie sind den Staaten ähnliche Personen und können mit den Staaten in Rechtsbeziehungen treten, welche einen mehr oder weniger ausgeprägten völkerrechtlichen Charakter haben. . . . Es (d. h. das Völkerrecht) erkennt die Persönlichkeit der Kirchen an. . . . Am deutlichsten zeigt sich das in den Concordaten zwischen einzelnen Staaten und dem päpstlichen Stuhl. . . . Aber auch die Landeskirche kann vertragsmäfsige Rechte haben gegenüber dem Staate, mit dem sie verbunden ist. Nur wird dann das Verhältnifs eher einen staats- oder privatrechtlichen, selten einen völkerrechtlichen Charakter haben." — Hinschius (K. R. II. 124) nennt die publicistischen Kirchenrechtsträger im Gegensatz zu den kirchlichen Privatrechtssubjecten, für welche er den Ausdruck »juristische Personen" adoptirt, »kirchliche Personen«. Die Localkirche in ersterer Hinsicht, besonders in ihrem spirituellen Bestand, hiefs im Mittelalter *„altare"*, in rechtlicher Beziehung *„ecclesia"*.

stimmter, unserer heutigen Civilisation schnurstracks ins Gesicht schlagender processualer Beweismittel verbietet, verliert das kirchliche Strafrecht durchaus nichts an seiner originären Selbständigkeit. Die vermögensrechtliche Gesetzgebung weist nun in keiner Weise auf einen Zusammenhang mit dogmatischen Institutionen, oder auch nur auf eine dem Jenseits zugewandte Aufgabe hin, kann somit nicht als originär-publicistische Befugnifssphäre der Kirche erachtet werden.

Die derivative publicistische Machtsphäre der Kirche hat den Grund ihrer Existenz nicht in einer ihr immanenten Nothwendigkeit, überhaupt nicht in sich, sondern datirt von einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Verleihung anderer Gewalten. So sind die hierarchischen Rechte des Bischofs, soweit sie nicht sogar *divino iure* sind, zweifellos originär-publicistischer Art; die landesherrliche Stellung des Bischofs im Mittelalter war aber derivativer Natur.

Hierher gehört auch die civilrechtliche Autonomie der Kirche, wie sie auftritt im *Decretum Gratiani* (Causae 11, 12, 13, 14, 18, 25) oder folgende Titel des *Liber Extra* I: 4 *(de consuetudine)*, 35 *(de pactis)*, 36 *(de transactionibus)*, 40 *(de his quae vi metusque causa fiunt)*, 41 *(de in integrum restitutione)*, 42 *(de alienatione etc.)*, II: 11 *(de plus petitionibus)*, 12 *(de causa possessionis et proprietatis)*, 13 *(de restitutione spoliatorum)*, 14 *(de dolo et contumacia)*, 15 *(de eo, qui mittitur in possessionem causa rei servandae)*, 16 *(ut lite pendente nihil innovetur)*, 26 *(de praescriptionibus)*, III: 14 *(de precariis)*, 15 *(de commodato)*, 16 *(de deposito)*, 17 *(de emtione et venditione)*, 18 *(de locato et conducto)*, 19 *(de rerum permutatione)*, 20 *(de feudis)*, 21 *(de pignoribus et aliis cautionibus)*, 22 *(de fideiussoribus)*, 23 *(de solutionibus)*, 24 *(de donationibus)*, 26 *(de testamentis et ultimis voluntatibus)*, 27 *(de successionibus ab intestato)*, 28 *(de sepulturis)*, 30 *(de decimis primitiis et oblationibus)*, 34 *(de voto et voti redemtione)*, 35 *(de statu monachorum)*, 39 *(de censibus, exactionibus et procurationibus)*, 49 *(de immunitate ecclesiarum etc.)* u. s. w.[1] Die hier für Clerus und Kirche in vielfacher Abweichung vom römischen Recht getroffenen civilrechtlichen Bestimmungen bestanden in Kraft und

---

[1] Vgl. auch Schulte, Quellen, S. 395 ff., System (1856), 405 ff. Jurist. Persönlichkeit der kath. Kirche, 1 ff.

bekamen eine das Civilrecht abrogirende Bedeutung: Das heutige gemeine Recht ist das Justinianeische Recht mit den durch das canonische Recht, die deutschen Reichsgesetze und das Gewohnheitsrecht getroffenen Abänderungen. Einen ähnlich dominirenden Einflufs hat ja auch das kirchliche Straf- und Procefsrecht ausgeübt.

Die Möglichkeit einer solchen Entwicklung war in hohem Grade bedingt durch die mittelalterliche Theorie von der Autonomie als erstem Körperschaftsrecht. Bereits die Glossatoren des *corpus iuris civilis* suchten den Satz: *„soli principi legem facere licet“*, mit der Behauptung zu entkräften, hier sei blofs die Rede von der *lex generalis,* übrigens bleibe die autonome Bildung von *iura specialia* freigegeben. Ferner prefste man das *„soli“* so lange, bis folgender Gedanke darin ausgedrückt erschien: Nur der Imperator vermag ein Gesetz allein durch seine Person zu Stande zu bringen, sonst aber ist das Zusammenwirken Mehrerer von Nöthen. Diese selbst den gewillkürten Genossenschaften *(inter se)* zugestandene Autonomie pflegte man mit dem Gewohnheitsrecht auf eine Stufe zu stellen, indem man die *consuetudo* als ein *statutum tacitum* betrachtete.[1] Merkwürdigerweise wurde der Kampf gegen diese Theorie zuerst von Gratian aufgenommen. Die Autonomie der Gesammtkirche war diesem freilich oberster Grundsatz, aber die Autonomie innerhalb der Kirche verwarf er principiell. Hiermit ist aber stillschweigend zugegeben, dafs die Autonomie kein nothwendiges Corporationsrecht ist, und der weiteren Entwicklung wäre von hier aus vielleicht eine ganz andere Bahn gewiesen worden, wenn es den Canonisten nicht alsbald gelungen wäre, die Gratian'sche Auffassung unwirksam zu machen. Bereits die Glosse zu dem *dictum Gratiani in princ. D. 18* erklärte kategorisch: *„Illud non est verum“* und begründete diese Auffassung mit den Worten: *„quia quilibet populus et quaelibet ecclesia sibi potest statuere aliquod jus.“*[2] Zwischen ihren immerhin stark centralisirenden Ideen und dieser

---

[1] Vgl. über diese Argumentationen Gl. zu l. 1. D. 2, 2 (*v. magistratum),* zu l. 9 D. 1, 3 *(v. non ambigitur)*, zu l. 12 C. 1, 14 *(v. solus imperator).* Vgl. darüber auch Gierke III. 216.

[2] Vgl. auch die bei Gierke III. 307, N. 183 citirten Canonisten.

Auffassung suchten sie dann in der Weise einen Compromifs herzustellen, dafs sie die Corporationsstatuten auf minderbedeutende Sachen beschränkten, „*sed de maioribus negotiis non possunt aliquod statuere.*“ [1]

Auch die Legisten erblickten in der Autonomie der Hauptsache nach noch ein corporatives Grundrecht, [2] doch ist auch hier schon ein bahnbrechender Fortschritt unverkennbar. Denn bereits Bartolus fing an, das „*statutum pertinens ad causarum decisionem*“ und das „*statutum pertinens ad administrationem rerum ipsius universitatis*“ zu scheiden [3] und damit die Gesetzgebung als etwas von der selbständigen Verwaltung Verschiedenes begrifflich zu erfassen. Letztere blieb vor wie nach ein grundsätzliches Körperschaftsrecht, die erstere ward aber auf etwas Besonderes, d. h. auf eine publicistische Machtsphäre zurückgeführt. Und je bestimmter das *statutum* unter dem Gesichtspunkt der *lex* auftrat, desto mehr erkannte man, dafs der letzte Grund des *ius statuendi* die Concession oder Autorisation der Reichsgewalt sei. [4] Dafs damit die Autonomie aber bereits den Charakter eines originären Rechtes verloren hatte, ist klar. Die theoretische Entwicklung dieser Frage war eine langsame und unsichere. Erst der neueren Zeit war es vorbehalten, zu erkennen, dafs diese anfangs vielfach nur als sichernde Bestätigung aufgefafste *confirmatio principis* eine die bindende Kraft ertheilende Sanction, ein Privilegium, dieses daher wie die statutarische *lex* nur das Resultat einer besonderen Bethätigung der landesherrlichen gesetzgeberischen Gewalt sei. Von da an ward das Statut oft sogar

---

[1] Gl. z. pr. D. 18 *(v. constituerunt)*.

[2] Vgl. die bei Gierke III., S. 385, N. 132 angeführten Autoren.

[3] Comm. ad l. 9 D. 1, 1, N. 3, sqq.. Hiermit wurde er auch mafsgebend für die Folgezeit. Vgl. Gierke III. 456, N. 198 u. S. 703.

[4] So Odofredus, Albertus de Gandio, Petrus de Bellapertica, Cinus, Albericus de Rosciate, Raynerius de Forlivio, Lucas de Penna (bei Gierke III. 385, N. 132). Am bestimmtesten war hierin Raynerius, der im Gegensatz zu Bartolus und Albericus Rosciate (dieser schrieb die erste Monographie, *de statutis)* ad l. 9 D. 1, 1, unter allen Umständen und für jedes Statut diese obrigkeitliche Autorisation *(legis concessio)* verlangte. Dafs er mit dieser Ansicht nicht allein stand, geht aus Lucas de Penna (Rubr. C. 10, 46) hervor, welcher betont, dafs Viele für jedes Statut die „*confirmatio principis*“ forderten. Ueber die immerhin noch gegensätzlichen Strömungen vgl. Gierke III. 385 bis 389).

direct vom Landesherrn oder in seinem Namen publicirt, und noch später erfolgte sogar die innere Regelung corporativer Verbände vielfach von aufsen, d. h. durch den einseitigen gesetzgeberischen Act der Staatsgewalt[1]

Manches publicistische Recht, das der Kirche von Haus aus nicht zukam, hat diese in früherer Zeit als geistig überlegenes Verbandsganzes durch die zum Theil vernünftige, zum Theil unvernünftige Connivenz und ausdrückliche Concession des Staates erhalten,[2] manches aber auch gegen den zur Selbständigkeit erwachten Staat im erbitterten Kampfe erstritten. Ihrer innersten Natur nach waren diese Rechte, insbesondere auch die vermögensrechtliche Gesetzgebungsgewalt der Kirche, nicht originärer, sondern derivativer Natur; die Aufgabe, welche die Kirche hierbei ausführte, war nicht die eigene, von dem göttlichen Stifter fest umgrenzte, sondern eine fremde und dabei durchaus materielle. Es war offenbar ein für den Staat wohlwollendes Geschick, welches für die Zeit seiner Minderjährigkeit seine Geschicke der erprobten und erfahrenen Kraft der Kirche anvertraute. Die Vormundschaft läuft aber naturgemäfs mit der Zeit der Minderjährigkeit ab. Heute steht der Staat auf durchaus selbständigen Füfsen, so dafs er auch auf dem Gebiete der ihm originären vermögensrechtlichen Legislaturgewalt eine fremde Führerschaft oder Mitarbeiterschaft füglich entrathen kann. Heute ist es aber auch im Interesse der Kirche, von der Jahrhunderte lang, allerdings vielfach im allgemeinen Culturinteresse[3] geübten weltlichen Beschäftigung zu ihrem rein geistigen, dem Himmel zugewandten Berufe freiwillig zurückzukehren und in diesem immer mehr und mehr zu erstarken. Bei der heute theoretisch wie praktisch erfolgten kräftigen Reaction gegen die kirchliche Uebernahme staatlicher Aufgaben sind Auseinandersetzungen nach der Art von Hirschel und seiner Anhänger nur Oel ins Feuer: sie sind innerlich unwahr, nützen nichts und schaden viel.[4]

---

[1] Gierke giebt die Belege für diesen Entwicklungsgang III., S. 774—777. Ferner 765 ff.

[2] Dies gegen Lehmkuhl, Stimmen aus Maria Laach, VIII. 524 ff.

[3] Dieses Geständnifs mufs auch Virchow machen (Sitzung des preufs. Abgeordnetenhauses am 16. April 1875, Stenogr. S. 1292).

[4] Es kann ja nicht ohne erbitterten Widerspruch bleiben, wenn Hammer-

§ 20.
Resultat:
Die civilistische Rechtstheorie.

Der Gang unserer Untersuchung war folgender:

1. Keine gesetzgebende Gewalt darf durch einen Constitutivact das Eigenthumssubject von Vermögensstücken willkürlich bestimmen.
2. Die Rechtsgebietsfrage hat nur einen Sinn in folgender Form: Welches Recht hat bezüglich der *res sacrae* und des Kirchengutes die gesetzlichen Bestimmungen zu treffen über den Erwerb der Rechtsqualität eines Eigenthümers?
3. Die Frage nach dem Erwerb der Rechtsqualität eines Eigenthümers ist im Grunde identisch mit der Frage: nach welchem Rechte bestimmt sich die Rechtssubjectivität, und zwar hier: die civilistische Rechtssubjectivität der Kirche?
4. Diese Frage erweist sich als gleichbedeutend mit der andern: Welches Recht (Rechtsordnung) hat den auf Erwerb gerichteten Willen der Kirche anzuerkennen?

Hierauf endlich müssen wir die Antwort geben: Die staatliche Rechtsordnung. Eigenthumsrechte sind, wie schon Augustinus betont, *iure humano: „iura autem humana iura imperatorum sunt. Quare? Quia ipsa iura humana per imperatores et reges saeculi Deus distribuit generi humano.“* [1] Die Anerkennung der Per-

---

stein S. J. (Kirche und Staat) immer noch die Superiorität der Kirche gegenüber dem Staat vertritt (S. 91 ff.), das kirchlich-politische Machtverhältniſs durch den Papst in lehramtlicher Unfehlbarkeit entscheiden lassen will (S. 42) und die kirchliche Binde- und Lösungsgewalt als eine allgemeine, insbesondere dem Staat gegenüber als eine schrankenlose feiert (S. 45). Es erscheint bei ihm schon als eine bedeutende Concession, daſs „die Kirche nichts zu thun (habe) mit den **modernen Feuerversicherungsgesellschaften**,“ aber charakteristischerweise fehlt selbst hier nicht die Clausel: „es sei denn, daſs besondere Umstände sie der indirecten Gewalt der Kirche über zeitliche Dinge unterstellen“ (S. 163). Von dieser Grundlage aus — dessen darf sich Hammerstein versichert halten —, wird die leider so acut gewordene kirchenpolitische Frage nie ihre Lösung finden.

[1] c. 1 D. 8. Ibid. *„Tolle iura imperatorum, et quis audet dicere: mea est illa villa, aut meus est ille servus, aut domus haec mea est? . . . Sed iam dixi,*

sonen ist die originäre Befugnifs der weltlichen Rechtsordnung. Erst wenn diese den in der Kirche allerdings unabhängig von ihr vorhandenen hierarchischen Willen als Träger von civilistischen Befugnissen anerkennt, kann von einer Privatrechtssubjectivität der Kirche die Rede sein. Vor der *lex Licinia* existirte die Kirche allerdings als dogmatische und publicistische Person, aber ohne eine civilistische Rechtssubjectivität. Das sollte heute doch nicht mehr bestritten werden.[1] Im Allgemeinen galt die Kirche nicht einmal als *collegium licitum:* man könnte daher höchstens von einem kirchlichen Societätsgut sprechen, welches im letzten Grunde *ad ius singulorum* gehörte.[2]

---

de iure humano agitur. Et tamen Apostolus voluit serviri regibus, voluit honorari reges et dixit: Regem reveremini. Nolite dicere, quid mihi et regi? Quid tibi ergo et possessioni? Per iura regum possidentur possessiones. Dixisti, quid mihi et regi? Noli dicere possessiones tuas, quia ipsa iura humana renunciasti, quibus possidentur possessiones." Zu diesem Schlufs drängt also, wie der grofse Kirchenvater richtig erkennt, die göttliche Rechtstheorie: Die Kirche hat überhaupt kein civiles Eigenthum. Wie Augustinus, äufsert sich auch Ambrosius (in Evang. Lucae, l. 9, c. 35 II. 1052): „*Et si tu vis non esse obnoxius Caesari, noli habere quae mundi sunt. Sed si habes divitias, obnoxius es Caesari.*"

[1] Interessant ist die Hirschel'sche Formulirung: „Auch der heidnisch-römische Staat erkannte an, dafs eine Gesellschaft ohne Erwerb und Besitz von Mitteln nicht denkbar sei, und daher anerkannte er auch ohne weiteres, **nachdem er christlich geworden** und die Kirche als göttliche Stiftung angenommen hatte, ihre Rechtspersönlichkeit in ihren verschiedenartigen Anstalten." (Archiv 27, S. 27.)

[2] L. 3 D. 47, 22: „*Collegia si qua fuerint illicita mandatis et constitutionibus et senatus consultis dissolvuntur, sed permittitur eis, cum dissolvuntur, pecunias communes si quas habent dividere pecuniamque inter se partiri.*" Vgl. auch Schulte in der Zeitschr. f. Civilr. u. Procefs VIII., N. F. S. 158; v. Poschinger, *dissert.* 5; Bluhme, Kirchenr., S. 175; Uhrig, Jurist. Personen 67 f. und Kirchengut 44 f. — So werden heute nach dem kgl. Sächs. bürgerl. Gesetzbuch (§ 2075) „erlaubte Vereine oder Gesellschaften, welche keine juristische Persönlichkeit haben, sogar als Erben (gültig) eingesetzt, oder sonst in einem letzten Willen (wirksam) bedacht," und zwar gelten dann „die einzelnen Mitglieder, welche zur Zeit des Anfalls den Verein oder die Gesellschaft bilden, als eingesetzt oder bedacht; doch haben dieselben das, was sie erhalten, in Ermangelung anderer Bestimmung, zum Zwecke ihres Vereins oder ihrer Gesellschaft zu verwenden." Die unten citirte *lex Licinia* deutet mit den Worten *non ad ius singulorum pertinentes* an, dafs man es damals schon so gemacht hatte, wie es heute beispielsweise in den Staaten Amerikas geschieht, in welchen die Kirche nicht als Privatrechtsperson anerkannt ist.

Ein solches Societätsgut war auch das erste Kirchenvermögen, d. h. der Säckel, aus welchem die gemeinsamen Ausgaben Christi und der Apostel bestritten wurden. Uebrigens glauben wir nicht zu irren, wenn wir für die vorconstantinische Zeit gegen Seitz,[1] Schöpf[2] Uhrig[3] u. A. auch schon ein rechtlich geschütztes corporatives Kirchengut annehmen, wenn wir auch den Argumentationen W. Maurers[4] und Hirschels[5] von der inneren Nothwendigkeit einer immerdauernden kirchlichen Rechtsfähigkeit in keiner Weise beitreten können. Es mufs vielmehr mit Löning[6] angenommen werden, dafs das Mailänder Edict vom J. 313[7] nur dann von einem ***reddere*** an das *ius corporis Christianorum, i. e. ecclesiarum* sprechen könne, wenn vorher ein *corpus,* die *ecclesiae, non homines singuli* bereits ein Eigenthum hatten. Gerade aus diesem Edict geht auch klar hervor — was v. Poschinger leugnet[8] — dafs dies **kein** „Eigenthum der einzelnen Kirchen" „nach dem Rechte der Societät" war, wonach es „rechtlich nur *ius singulorum,* d. h. nur Eigenthum der es zu kirchlichen Zwecken Verwendenden" blieb, vielmehr steht hierdurch das übrigens auch v. Poschinger[9] aus anderen Gründen befürwortete juristische Eigenthum der Kirchen vor Constantin aufser Frage. v. Poschinger meint: die Kirchenverfolgungen hörten oft längere Zeit gänzlich auf, der kirchliche Besitz wäre alsdann er-

---

[1] Recht des Pfarramts, I. 300: „Ich halte es für unjuristisch, vor Constantin von einem Kirchenvermögen zu sprechen."

[2] Kirchenrecht, IV. 3. 368, Anm. 12.

[3] Jurist. Personen 67—69 und Kirchengut, S. 44 f.

[4] Ueber Eigenthum an Kirchen mit Dependenzen, S. 14.

[5] Archiv 27, S. 26 f.

[6] Geschichte des deutschen Kirchenrechts, I. 196. Ferner die S. 197 erbrachten Belege.

[7] *Lactantius de morte persec. c. 48: „Quoniam idem Christiani non ea loca tantum ad quae convenire consuerunt, sed alia etiam habuisse noscuntur, ad ius corporis eorum, id est ecclesiarum, non hominum singulorum pertinentia ea omnia ... iisdem Christianis, id est corpori et conventiculis eorum reddi."* Vgl. auch den inhaltlich damit übereinstimmenden Bericht des Eusebius, *hist. eccl. X. 5.* Wiederholt 324—325 (vgl. Eusebius, *Vita Constantini II. c. 39*). Früher schon (312), vgl. Eusebius, *hist. eccl. IX. 10: „cuncta ad pristinum ius ac dominium Christianorum revocentur."*

[8] Dissert. 6. — [9] Dissert. 6 u. 9.

laubt und förmlich anerkannt gewesen,[1] und Richter-Dove sieht dies wenigstens für die Zeit des 3. Jahrhunderts als wahrscheinlich an.[2] Demgegenüber ist aber zu betonen, dafs auch zur Zeit der Ruhe die Kirche nicht die Rechte einer Person hatte. Der kirchliche Zweck war, wenn auch vorübergehend geduldet, doch ein ungesetzlicher,[3] und wir stimmen Löning[4] bei: „Das Recht, das in „dem einfachen Bekenntnifs der christlichen Religion schon ein „Staatsverbrechen erblickte, konnte weder die religiösen Gemein„schaften der Christen als Corporation anerkennen, noch die An„stalten dieser Religion mit besonderen Vorrechten ausstatten." Wenn nun aber auf der einen Seite durch das Mailänder Edict feststeht, dafs die Kirchen in der vorconstantinischen Zeit corporatives Eigenthum besafsen, und wenn anderen Theils der Charakter der Kirchen als Personen für diese Zeit in Abrede gestellt werden mufs, so ist nur die eine Annahme denkbar, dafs die Christen das kirchliche Vermögen als ein in den Augen des Staates weltlicher und deshalb anerkannter Verein besessen haben. Und so ist es: solche Vereine waren die altchristlichen *collegia funeraticia, tenuiorum* oder *fratrum,* Sterbegilden oder Begräbnifsgenossenschaften.[5]

Diese Sterbegilden, über welche v. Savigny (System II. 259) sich noch nicht besonders unterrichtet zeigt, und welche in Rom

---

[1] Dissert. 9. Ebenso Braun, das kirchl. Vermögen von der ältesten Zeit bis auf Justinian I., S. 9, 11.

[2] Lehrb. 7. Aufl., S. 1074.

[3] Deshalb irrt auch v. Poschinger, wenn er für die ersten Zeiten ein kirchliches Zweckvermögen im Brinz'schen Sinne annimmt (S. 27). Vgl. Löning, I. 201, N. 1. — Eine vorübergehende Connivenz gegenüber der christlichen Gottesverehrung ist noch nicht imstande, christlichen Instituten den Charakter der civilistischen Persönlichkeit zu sichern.

[4] I. 201.

[5] Man vergl. darüber namentlich Mommsen, *de colleg. p. 92 sqq..* Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissensch. XV. 357 ff., Staatsr. I. 325; Marquardt, Röm. Staatsverw. III. 138 ff.; Arndts, Pand. § 542[2]; Cohn, 135 ff.; Gierke, III. 68, namentlich aber Löning I. 202 ff. Ferner Kraus, *Roma Sotterranea* 53 ff.; v. Poschinger, Diss. 7 ff.; Helle, S. 37. Interessant auch Foucart, *les associations religieuses chez les Grecs 1873*; Wescher, *Rev. arch. 1864, p. 460 u. 1865, p. 214*; Heinrici, die Christengemeinde Korinths und die religiösen Genossenschaften der Griechen, Ztschr. für wissensch. Theologie 1876. Zur Geschichte der Anfänge paulinischer Gemeinden, 1877.

mit den Publicanengesellschaften und den Beamtenvereinen nach Mommsen die einzigen Vereine waren, hatten wegen ihres religiösen Charakters und ihrer immer frischen proletarischen Recrutirung eine ebenso grofse Verbreitung, als sie eine selbständige, die verschiedensten, namentlich auch Unterstützungszwecke [1] verfolgende Entwicklung nahmen. Diese Funeralcollegien, welche im römischen Staate erstanden, um sich untereinander ein anständiges Begräbnifs zu sichern (daher waren in der Regel nur Aermere, *tenuiores*, [2] Mitglieder), setzten sich aus den verschiedensten Ständen und Gewerben zusammen und waren nicht selten noch durch das gemeinsame Band einer bestimmten Gottesverehrung *(cultores Jovis, Apollinis etc.)* besonders verbunden. Diese Confraternitäten hatten wegen ihrer gemeinnützigen Tendenz so sehr die kaiserliche Gunst, dafs, als z. B. Trajan die *hetaeriae* [3] verbot, er zu Gunsten der *collegia tenuiorum* eine Ausnahme machte: „*Permittitur tenuioribus stipem menstruam conferre, dum tamen semel in mense coeant.*“ [4] Dafs sich die christliche Nächstenliebe, besonders der Reichen, dieser funeralen Obsorge zuwandte, [5] und dafs diese auch eine formal-technische

[1] So insbesondere Loening I. 205. Kraus, *Roma Sotterranea,* 53 ff.

[2] Für die Identität der *collegia funeraticia* und *tenuiorum* sprechen sich aus: Huschke, Ztschr. f. geschichtl. Rechtswissensch. XII. 208 f., 212. Mommsen, *de colleg.* p. 98 ff. Rudorff, Rechtsgesch. I. 224. Pernice, M. A. Labeo I. 305. Marquardt III. 138. Loening I. 206 f. Gierke III. 68, 83; dagegen nur Cohn, 100 ff., er wurde aber von Loening widerlegt (I. 206, Nr. 3).

[3] Loening I. 203: „Unter den Sodalicien oder Hetärien müssen aller Wahrscheinlichkeit nach Vereine verstanden werden, die sich mit den öffentlichen Angelegenheiten beschäftigten und deshalb politische Gefahren in sich bargen, oder die unter dem Vorwand eines religiösen Cultus sich Ausschweifungen aller Art hingaben.“ Vgl. auch Mommsen, *de colleg.* 74.

[4] L. 1 D. 47, 22. Vgl. hierzu die 1816 gefundene Lanuvische Inschrift, Orelli-Henzen, 6086: „*QVI STIPEM MENSTRVAM CONFERRE VOLENT in fune RA IN ID COLLEGIVM COEANT . . . con FERENDI CAVSA VNDE DEFVNCTI SEPELIANTVR.*“ Mommsen hat in seiner wissenschaftlichen Verwerthung dieser Inschrift zuerst auf den offenbaren Zusammenhang derselben mit der erwähnten Digestenstelle des Marcian hingewiesen (Ztschr. f. geschichtl. Rechtswissensch. XV. 358) und ist dabei nur bei Cohn (124 ff., 144) auf Widerspruch gestofsen.

[5] Lactantius, Divin. Instit. V. 14, 15: „*Apud nos inter pauperes et divites, servos et dominos interest nihil.*“

Ausbildung erfuhr, darf mit Rücksicht auf die Darstellung des Tertullian,[1] welche mit der oben citirten Digestenstelle zu vergleichen ist, nicht bezweifelt werden. Wie so die Klugheit der ersten Christen unter der Form eines besonderen genossenschaftlichen Lebens den Rechtstitel fand für die freie Bethätigung der Religion, so unterliegt es keinem Zweifel, ja, wird durch Tertullian geradezu bestätigt, dafs jene unter dieser Form auch den Besitz von kirchlichem Vermögen versuchten.[2] Dafs das von den christlichen Sterbegilden besessene Vermögen Kirchengut im juristischen Sinn war, ist klar: Eigenthumssubject ist eine kirchliche Corporation, und dafs der Staat von der Kirchlichkeit dieser Trägerschaft keine Kenntnifs hatte oder sie ignorirte, ändert an der Sache nichts. Dieses Eigenthum war — wenigstens der Regel nach — nicht blofs geduldet, sondern auch rechtlich geschützt, und die entgegenstehende Ansicht v. Poschingers[3] ist ein Irrthum. Ebenso irrt v. Poschinger,[4] wenn er gegen Rossi[5] die corporative Natur dieses Vermögens leugnet und einen anstaltlichen, in den Coemeterien existent gewordenen Charakter desselben betont.

Diese Darlegung mag beweisen, wie die Anerkennung einer civilistischen Rechtsfähigkeit von jeher als das Recht des Staates und dabei keineswegs als seine unbedingte Pflicht angesehen wurde, und wie es die Kirche, deren dogmatischer und originär-publicistischer Charakter durch den Gewinn oder Verlust einer privatrechtlichen

---

[1] Apol. c. 39: „*Modicam unusquisque stipem menstrua die, vel cum velit et si modo velit et si modo possit, adponit. Nam nemo compellitur, sed sponte confert. Haec quasi deposita pietatis sunt. Nam inde non epulis nec potaculis nec ingratiis voratrinis dispensantur, sed egenis alendis humandisque.*" Die enge Beziehung dieser Stelle mit l. 1 D. 47, 22, ist längst erkannt. Vgl. Le Noury (*dissert. in Tertul. apolog.* c. 15, art. 2. Oehler III. 309), Rossi, *la Roma sotteranea christ.* (1864), I. 101, *Bullett. della archeol. christ.*, 1864, S. 57 ff., Kraus, *Roma sotterranea,* 56, und insbesondere Loening I. 210, überhaupt 208—211. Hier ist auch die entgegenstehende Ansicht von Cohn (145) widerlegt.

[2] Dieses wurde in jüngster Zeit besonders wieder von Kraus, 55 ff. und Loening I. 207 ff. betont.

[3] Dissert. 9.

[4] Dissert. 9. Die ganze Darstellung von Poschinger, auch in seinem gröfseren Werke, S. 27 f., ist an dieser Stelle einseitig.

[5] *Della legalita dei cemeteri christiani nei seculi del persecuzioni,* § 4, p. 103.

Befugnifssphäre gar nicht berührt wird, verstanden hat; selbst mit der ihr übelwollendsten Rechtsordnung auszukommen. Die civilistische Rechtssubjectivität der Kirche geht auf das Mailänder Edict zurück, und seitdem haben es alle christlichen Staaten mit Recht als eine hochsittliche Aufgabe erkannt, der Kirche die zu dieser Rechtsfähigkeit nöthige Anerkennung zu ertheilen, die wir heute, nachdem bei der Succession der Staaten der immer fertig vorgefundene civilistische Rechtssubjectivitätscharakter der Kirche nicht mehr neu zu verleihen war, mit dem Badischen Gesetz, die rechtliche Stellung der Kirche und kirchl. Vereine betr. (1860), am besten »Gewährleistung« nennen.[1] Es ist nur noch hervorzuheben, dafs die Staaten das begrifflich mit dieser Anerkennung verbundene Recht zur Abgrenzung der Privatrechtssphäre insgesammt noch durch Ertheilung besonderer Privilegien geübt haben, wie sie ja auch allein imstande sind, den in und mit der Rechtssubjectivität gegebenen Schutz zu gewähren.

Wir können es daher im Gegensatz zu Reichensperger[2] principiell nur billigen, wenn es in den Motiven zum preufsischen Kirchenvermögensverwaltungsgesetz vom 20. Juni 1875, S. 15 f., heifst: „Die „katholische Kirche, welche, juristisch aufgefafst, in der Rechts-„sphäre des Staats die Bedeutung einer Corporation hat, leitet, wie „jede Corporation, ihre Vermögensfähigkeit und ihr Vermögensrecht „aus dem bürgerlichen Rechte ab. Beruht aber die juristische Per-„sönlichkeit der Kirche auf der Garantie des bürgerlichen Rechts, „so ist der Staat auch befugt, die Gewährung derselben an bestimmte „von ihm festzusetzende Bedingungen zu knüpfen."

Die civilistische Rechtsfähigkeit der Kirche und ihrer Institute geht zurück auf die Anerkennung der weltlichen Rechtsordnung.

---

[1] Reg.-Bl. 1860, S. 375. Hierzu macht Spohn unter Hinweis auf die Regierungsmotive und die Commissionsberichte die treffende Bemerkung: „Indem der Staat in gegenwärtigem Gesetze den beiden christlichen Kirchen das Recht „öffentlicher Corporationen und das Recht der öffentlichen Gottesverehrung" gewährleistet, anerkennt er, dafs dieselben diese Rechte im Allgemeinen schon lange besitzen und nicht erst jetzt von ihm zugestanden erhalten. Er bestätigt sie als hergebrachte, sichert ihnen seinen besondern Schutz zu." Bad. Staatskirchenrecht, S. 6.

[2] Preufs. Landtagsverhandlungen 1875, Stenogr. 269.

In dieser ist also das Material zu suchen zur Entscheidung der Frage, ob die Kirche eines Landes, resp. welche ihrer Institute Privatrechtsfähigkeit besitzen.

Damit widerlegt sich auch die Schulte'sche Unterscheidung einer generellen und speciellen Vermögensfähigkeit, deren erstere er allerdings, wie wir sahen, in überzeugender Weise dem Civilrecht unterstellt, deren zweite er aber als eine rein kirchenrechtliche Frage betrachtet. Schulte scheint es als vernünftig zu betrachten, dafs der Staat Jemand bestimmte Rechte garantirt, den er noch gar nicht kennt, und der erst ohne irgend eine Betheiligung seinerseits, wer weifs wie geartet, zur Existenz kommt, während es im Allgemeinen doch als natürlich erscheinen mufs, dafs hier die Frage nach dem »ob« diejenige nach dem »wer« bereits zur Voraussetzung hat. P. Reichensperger[1] sagt in dieser Hinsicht ganz richtig, der Gesetzgeber wäre sich „der Nothwendigkeit sehr wohl bewufst gewesen, kein Recht zu constituiren oder zu gewährleisten, ohne das betreffende Rechtssubject wirklich festgestellt zu haben;“ er irrt nur, wenn er meint, diese Feststellung wäre in der Preufsischen V. U. erfolgt, wo doch von einer Persönlichkeitsanerkennung gar keine Rede ist, und nur eine Garantie des kirchlichen Besitzes überhaupt erfolgt.

Es ist zwar nicht blofs denkbar, sondern sogar die Regel, dafs der Staat die kleineren kirchlichen Institute *in complexu* als »juristische Personen« anerkennt. Damit wirft aber der Staat nicht Rechte in die Luft, denen die Kirche erst nachträglich den Träger supponirt, sondern die Bildung der Institute ist wenigstens *in genere* bereits vollzogen, der Staat erkannte somit bestimmte Realitäten an. Gesteht man dem Staat aber die Competenz rücksichtlich der generellen Rechtsfähigkeit der Kirche zu, so hat man gegen die staatliche Normirung in Betreff der speciellen Vermögensfähigkeit keine Klage mehr. Die letzte Frage ist gerade so gut eine civilrechtliche wie die erstere.

§ 21.

Die kirchenrechtliche Seite der Frage.

Das Rechtsgebiet der Kircheneigenthumsfrage ist civilistischer Natur. Gänzlich verschieden hiervon ist aber die Frage, ob zum

[1] Das verfassungsmäfsige Recht der Kirche in Preufsen, 57.

allseitigen Verständnifs des civilrechtlichen Gesetzgebers gerade in diesem Punkte das kirchliche Recht nicht ein doctrinäres Hülfsmittel ist. Wir werden zwar zur Bestimmung der Frage, welche Institute den Charakter einer »juristischen Person« besitzen, in erster Linie immer auf directe oder indirecte Anordnungen des Privatrechtsgesetzgebers recurriren. Bei der nicht selten grofsen Dürftigkeit dieser Normirungen wird aber das Kirchenrecht immerhin einen werthvollen Beitrag liefern: hier hören wir, welche Institute zur Zeit der Civilgesetzgebung vorhanden waren, welche Institute somit anerkannt werden sollten. So halten wir unsere Frage zwar für eine durchaus civilistische, sind aber trotzdem der Ansicht, dafs wir dabei des Kirchenrechts nicht ganz entrathen können. Das Kirchenrecht ist hier keine Rechtsquelle, wohl aber ein Erkenntnifsmittel.

Auch da, wo der Staat in vertrauensvollem Wohlwollen gegen die Kirche deren Instituten (auch den zukünftigen) insgesammt oder von einer gewissen Art den Charakter einer »juristischen Person« in der Form von Blankettgesetzen ertheilt, [1] hat dieser einen durchaus civilistischen Rechtsursprung, und das Kirchenrecht kommt hierbei, was die Rechtsfähigkeit der Institute anlangt, nicht als rechtschaffender, sondern nur als erkenntnifsvermittelnder Factor in Betracht. So gewifs die rechtsschöpferische Bedeutung des Blankoindossaments in der Unterschrift des Indossanten und nicht in der Einschreibung eines Namens liegt — gilt der Wechsel doch schon vor derselben als Inhaberpapier — und so gewifs eine auf Grund vom R. St. G. B. § 361, N. 6, § 366, N. 1, 10, § 367, N. 2, 5, 14 u. s. w. ausgesprochene Strafe eine reichsgesetzliche und keine landesgesetzliche ist, ebenso gewifs liegt der formalrechtserzeugende Factor der durch ein Blankettgesetz ausgesprochenen

[1] Siebenhaar vertritt die merkwürdige Ansicht: „Würde selbst durch ein Gesetz im voraus bestimmt, unter welchen Bedingungen Personenvereine und Stiftungen Rechtsfähigkeit haben könnten, so würde doch immer ein einzelner Personenverein oder eine einzelne Stiftung, wenn die gesetzlichen Bedingungen vorhanden waren, die Rechtsfähigkeit nur dann haben, wenn ein Act der Staatsgewalt hinzuträte, durch welchen anerkannt würde, dafs die juristische Person als solche in den Staat eingetreten wäre.“ (Lehrb. des Sächs. Privatr. 61.)

Vermögenssubjectivität nicht in der kirchlichen Institutengesetzgebung, sondern in dem staatlichen Blankettgesetz. Die Frage ist auch hier, auf ihren erzeugenden Rechtsgrund geprüft, eine civilistische, wenngleich das Kirchenrecht dabei nicht belanglos ist.

Wenn so für die Rechtsfähigkeit das Civilrecht die einzige Rechtsquelle ist, darf doch auch andererseits nicht vergessen werden, dafs die Rechtssubjectivitätsfrage die Substratsfrage zur nothwendigen Voraussetzung hat, und hier ist nicht das Civil-, sondern das Kirchenrecht von mafsgebender Bedeutung. In diesem Sinne ist das Kirchenrecht, ganz wie in der strafrechtlichen Blankettgesetzgebung das Landrecht, nicht blofs ein Erkenntnifsmittel, sondern auch Rechtsquelle. Immerhin aber wird dies erst relevant, wenn einmal das Civilrecht eine Rechtsfähigkeit anerkennen wollte, wo die Willensträgerschaft resp. ein taugliches Substrat fehlt.[1] Das ist aber, wie wir sehen werden — ein Zweifel könnte bestenfalls nur für die Landeskirche bestehen — nirgends der Fall, und so bekommt selbst diese beschränkte kirchengesetzliche Zuständigkeit doch nur einen höchst theoretischen Werth. Immerhin aber dient das oben Gesagte zur Rechtfertigung des Poschinger'schen Satzes: Will man demnach die Controverse über das Rechtsgebiet ganz lösen, so wird man sich mit einer lediglich civilistischen Antwort (wie dies Hübler thut) nicht begnügen dürfen. Dagegen irrt v. Poschinger, wenn er meint, unsere Frage könne gemischter Natur sein, und es komme oft auf die „Grundgesetze“ an, „welche die Verhältnisse zwischen Kirche und Staat in den einzelnen Staaten regeln.“[2] Die Vermögenssubjectivität der Kirche und ihrer Institute geht nirgends auf ein doppelseitiges Vertragsinstrument zurück. Wohl finden wir in solchen Vereinbarungen, insbesondere den Concordaten, gelegentlich der Dotations- und anderer Fragen, werthvolle gesetzgeberische Andeutungen oder Festsetzungen indirecter Art über die bestehende Vermögenssubjectivität dieses oder jenes Instituts. Immerhin ist dann aber ein solches *Instrumentum,* falls es als

[1] Brinz, Pand. 1070, erhebt mit Recht den Zweifel, „ob die blofse Genehmigung der Staatsregierung zur Gründung von derlei Dingen ausreiche, wenn ihre Möglichkeit und Zulässigkeit im Rechte nicht schon allgemein anerkannt ist.“ Vgl. auch unsere Darstellung S. 37 f.

[2] S. 3.

Rechtsquelle benutzt werden soll, nur in seiner Eigenschaft als staatliche Normirung zu betrachten.

Es ist eine hochinteressante Streitfrage, ob die kirchlichen Privatrechtspersonen der Kirche oder dem Staat ihre Existenz verdanken. Gegenüber der herrschenden insbesondere durch Civilisten vertretenen Ansicht von dem staatlichen Ursprung dieser Personen,[1] betonen die Canonisten, dafs die juristischen Personen kirchlichen Charakters durch die Kirche constituirt seien. So sagt auch Sternberg: „Die juristische Persönlichkeit zum Zweck der Behauptung „und Ausübung von Vermögensrechten innerhalb eines bestimmten „Staates in eigenem Namen erhält die einzelne kirchliche Anstalt .... „in Gemäfsheit ihrer kirchlichen Errichtung durch die Kirche, — nicht „infolge einer speciellen Verleihung von der Regierung oder vom „Staat.“ [2] In jüngster Zeit sprach sich Silbernagl in demselben Sinne aus: „Die Kirche, als eine vom Staate unabhängige selbst- „ständige Gewalt, hat ferner in ihrer Sphäre ebenso, wie der Staat „in der seinigen, eine vermögensrechtliche Jurisdictionsgewalt und „kann mithin von sich aus zu ihren Zwecken juristische Personen „constituiren.“ [3] Diese insbesondere auch von Maas, Gitzler,[4] Roth-Meibom,[5] v. Hammerstein[6] und Lehmkuhl[7] vertretene Ansicht wird im Grunde auch von Schulte[8] getheilt, und hierdurch

---

[1] So auch Uhrig (d. Kirchengut 64), welcher meint, dafs ohne staatliche Anerkennung „der neu errichteten Kirche die nur vom Staate ausgehende Rechtsfähigkeit im Staate *(civitas)* mangeln würde.“ Ferner Spohn, badisches Staatskirchenrecht, S. 3 f.; Gräff, Eigenthum der kath. Kirche, 114; Evelt, die Kirche auf dem Gebiete des Vermögensrechts, 3; Brendel, Handbuch des kath. und protest. Kirchenrechts, (3. Aufl.) II. 1332; Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts, II. 648; Helfert, vom Kirchenvermögen, I. 53.

[2] Versuch einer juristischen Theorie vom Eigenthum der römisch-kath. Kirche, 16.

[3] Lehrbuch des K.-R. 1880, S. 565.

[4] Preufs. K.-R. 312, 370.

[5] Kurhess. Privatrecht, S. 210. Hiernach haben die mit der Kirche in Verbindung stehenden Institute „eine von dieser abgeleitete, aber selbstständige Persönlichkeit.“

[6] Kirche und Staat, 171, 173, 174.

[7] Stimmen aus Maria Laach VIII., 437 ff., 512 ff.

[8] System 490: „Die Verfassung und das Recht der Kirche (ist) auf ihrem

erklärt sich erst vollständig dessen Auffassung von der kirchlichen Natur der Frage der speciellen Vermögensfähigkeit der Kircheninstitute.

Allerdings hat für uns, wie wir oben ausführten, die staatliche Anerkennung betreffs der civilistischen Befugnifssphäre keine substanzschaffende Bedeutung. Das Existentwerden eines unkörperlichen Wesens vollzieht sich, wie die Geburt der physischen Menschen, lediglich nach den vom Staate unabhängigen Gesetzen der Natur und Freiheit; aber dieses Wesen ist noch nicht Person, sondern nur erst Persönlichkeitssubstrat. So entsteht auch der die Rechtssubjectivität der kirchlichen Institute tragende Wille ohne jegliches Zuthun der weltlichen Rechtsordnung, nur durch die Bethätigung der Kirche selbst,[1] deren Wille in den verschiedenartigsten Gestaltungen Rechtsträger aller kirchlichen Institute ist. Auch da, wo ohne kirchengewaltliche Initiative eine kirchliche Stiftung mit Persönlichkeitscharakter ins Leben tritt, ist, genau besehen, doch nur der kirchliche Wille, welcher den fremden Willen durch ausdrückliche Aufnahme zu dem seinigen macht, Rechtssubject. Die dogmatische und publicistische Gesammtkirche wird, wie ihre einschlägigen dogmatischen und publicistischen Institute, getragen durch den göttlichen resp. hierarchischen Willen. Dieser findet in den feinsten Verästelungen bis zu den entlegensten kirchlichen Aufgaben eigenkräftig seinen Weg, läfst diese theils direct von sich ressortiren, theils giebt er ihnen, sich zum Specialzweck selbst projicirend oder — um mit Fichte zu reden — sich selbst setzend, denselben ein selbständiges Dasein. Mögen diese so geschaffenen Institute nun bereits durch den Besitz einer publicistischen Machtsphäre ein fertiges und rechtliches Dasein führen, oder mag der hier existent gewordene kirchliche Wille, nur für die Privatrechtsfähigkeit bestimmt, vor seiner staatlichen An-

---

Gebiete garantirt. Daraus folgt von selbst, dafs die Frage, wer Eigenthümer des Gutes innerhalb der Kirche sei, nach dem Recht der letzteren sich richtet."

[1] In diesem Sinn unterliegt es nach Grimm auch keinem Zweifel, dafs „kirchliche Corporationen" sogar weltliche Stiftungen nach Mafsgabe des Gesetzes gründen können, wie sie manche dergleichen Fonds im Lande früher mehrfach selbst gegründet haben" (Commissionsbericht der zweiten bad. Kammer über den Gesetzentwurf, die Rechtsverhältnisse und die Verwaltung der Stiftungen betr., S. 35).

erkennung das Embryonaldasein eines blofsen Persönlichkeitssubstrates führen: so viel ist klar, dafs die Substanz des kirchlichen Instituts, d. h. der in demselben wirksame kirchliche Sonderwille, seine Existenz ausschliefslich dem hierarchischen Gesammtwillen verdankt, der sich zu Gunsten desselben selbst beschränkte. In diesem Sinn sind also selbstverständlich die kirchlichen Institute eine Schöpfung der Kirche, wie ich auch eine von mir gemachte Stiftung ihrem Substrat nach mein Werk nennen kann. Der privatrechtliche Persönlichkeitscharakter ist aber hier wie dort von einem solchen publicistischen Subject oder einfachen Substrat noch himmelweit verschieden; dieses gewinnt vielmehr immer erst durch das Zuthun der weltlichen Rechtsordnung civilistisches Dasein und Leben.[1] Nur um diese privatrechtliche Natur der kirchlichen Institute handelt es sich aber hier, und so kommen wir wiederum zu dem Schlufs: Die Frage nach dem Subject des Kirchengutes und der *res sacrae* ist eine privatrechtliche, zu deren wissenschaftlicher Lösung das Kirchenrecht jedoch ein brauchbares Material liefert.

Damit glauben wir die Rechtsgebietsfrage gründlich geprüft und für die folgende Untersuchung eine sichere Grundlage gewonnen zu haben. Die Ausführlichkeit dieser Darstellung rechtfertigt sich insbesondere durch die stete Nothwendigkeit, bei der späteren Dar-

---

[1] Dagegen Lehmkuhl, Stimmen aus Maria Laach VIII. 517: „Ist aber diese Machtäufserung des kirchlichen Willens nothwendig, dann ist jedenfalls eine ähnliche Bethätigung des staatlichen Willens — selbst wenn nichts Anderes im Wege stände — höchst überflüssig, ja monströs. Es wäre fast, als ob sich in einen belebten Leib noch eine zweite Seele als belebendes Princip eindrängen wollte.“ Lehmkuhl kann eben den dogmatisch-publicistischen Bestand von der Erwerbsfähigkeit, die besten Falls doch nur eine unwesentliche Qualität resp. Determinirung dieses göttlich-öffentlich-rechtlichen Körpers ist, nicht trennen. Wenn der Staat die Kirche als Privatrechtssubject anerkennt, will er nicht ein belebendes Princip eindrängen, das ist selbstverständlich unabhängig vom Staat vorhanden, sondern er will für dieses gottgewollte Subject eine Befugnifssphäre eröffnen, die, mit seinem göttlichen Charakter in keiner organischen Verbindung stehend, ihm nicht von Haus aus innewohnt. Dadurch ist die Selbständigkeit und staatliche Unabhängigkeit der dogmatisch-publicistischen Kirche ebensowenig in Frage gestellt, als eine Verfassung, welche den Landesbischof zum ständigen Mitglied der ersten Kammer macht, der Institution des Episcopats eine zweite Seele giebt.

stellung auf diese oder jene grundlegenden Sätze zurückzukommen, die deshalb am besten im Zusammenhang zu behandeln waren. Und es kann nicht genug betont werden: Ohne vollständige Klarheit über die Zuständigkeitsfrage und insbesondere über das Wesen der unkörperlichen Personen bleibt die Sacral- und Kircheneigenthumsfrage ungelöst.

II. Theil.

Die Begriffsfrage.

A. Die heiligen Sachen.

§ 22.

1. Die *res sanctae.*

Das Sacralrecht war im römisch-heidnischen Staat unbestritten ein Theil des öffentlichen Rechts: *„publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit.“* [1]

Eine Hauptaufgabe der Sacralwissenschaft bestand von Anfang an darin, die Grenzlinien zwischen den verwandten Begriffen des *sacrum, sanctum* und *religiosum* festzustellen: *„Inter decreta pontificum hoc maxime quaeritur, quid sacrum, quid profanum, quid sanctum, quid religiosum.“* [2]

Von den drei verwandten *termini* vertritt das *sanctum* die Stelle des Oberbegriffs: auch die *res sacra* und *religiosa* gehört zu den *res sanctae.* [3]

Die Digesten haben uns eine Definition des Marcian überliefert: *„sanctum est quod ab inuria hominum defensum atque munitum est.“* [4]

---

[1] Ulpian in l. 1 § 2 D. 1, 1.

[2] Macrobius, Satural. 3, 3, 1.

[3] Festus *sub v. sanctum* in Verbindung mit l. 9 § 3 D. 1, 8.

[4] L. 8 D 1, 8.

Diese Formulirung ist aber zu weit; denn Rechtsschutz geniefst jede dem Rechtsschutz nicht ausdrücklich entzogene Person und Sache; deshalb bleibt sie aber selbstverständlich immer noch eine *res profana*. Marcian will offenbar sagen: Die *res sancta* ist eine Sache, welche unter einen besonders strengen Rechtsschutz gestellt ist. Dafs hierin das Wesen zu suchen ist, geht aus § 10 J. 2. 1 deutlich hervor: „*Ideo autem muros sanctos dicimus, quia poena capitis constituta est in eos, qui aliquid in muros deliquerint.*“ [1] Es ist nicht ausgeschlossen, dafs die Cumulirung „*defensum atque munitum*“ gerade darauf hinweisen soll.

Diesen Schutz denkt man sich gemeinhin von ausschliefslich strafrechtlicher Art, wozu ja Stellen wie der citirte § 10 J. 2. 1, ferner l. 9 § 3 D. 1. 8 und l. 41 D. 48. 19 verleiten können. Ja Wappäus leitet *sanctum* geradezu ab von „*sancire poenas*“, [2] und Brinz übersetzt *sanctum* mit „strafgesetzlich befriedet“, [3] sowie Glück:

---

[1] Vgl. auch Festus, *de verb. signif.* (C. Müller, 319): „*sacratae leges dicebantur, quibus sanctum erat ut si quis adversus eas fecisset, sacer alicui deorum esset cum familia pecuniaque.*“ Das gesteigerte *sanctum* oder *sacrosanctum* wird dann hier definirt als das „*quod iure iurando interposito erat institutum, ut, si quis id violasset, morte poenas penderet.*“

[2] Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Recht, Göttingen 1867, S. 16.

[3] Pand., 1. Aufl. II. 1044. Vering spricht von „befriedeten Gegenständen“ und theilt, wie der Zusatz zeigt, die Brinz'sche Auffassung (Gesch. u. Pand. des röm. u. heut. gem. Privatrechts, 4. Aufl., S. 144). Vgl. auch Heimbach sen. in Weiskes Rechtslexikon 465. Bezüglich der Herkunft von *sanctum* sind uns zwei Ansichten bekannt „*a sagminibus*“ und „*a sanciendo.*“ Erstere Ansicht vertritt Marcian (l. 8 § 1 D. 1, 8): „*sanctum autem dictum est a sagminibus. Sunt autem sagmina quaedam herbae, quas legati populi Romani ferre solent, ne quis eos violaret.*“ Ueber diese *sagmina* vergleiche auch Plinius *(nat. hist. 22, 5)* sowie Servius *ad Vergil. Aeneid. 12, 120.* Wir halten diese Etymologie aber für gewagt und schliefsen uns der andern Ansicht an *(a sanciendo)*. Diese Auffassung wird unter Anderen bereits von Servius *ad Vergil. Aeneid. 8, 382* vertreten. Hiernach ist *sanctum* dasjenige, was einen besondern Grad der Festigkeit hat und nicht leicht zum Wanken kommt („*leges sanctas dicimus, i. e. firmas a sanciendo*“). Aehnlich Ulpian (l. 9 § 3 D. 1, 8): „*Proprie dicimus sancta, quae neque sacra, neque profana sunt, sed sanctione quadam confirmata, ut leges sanctae sunt, sanctione enim quadam sunt subnixae; quod enim sanctione quadam subnixum est, id sanctum est, etsi Deo non sit consecratum. Et interdum in sanctionibus adiicitur, ut qui ibi aliquid commisit, capite puniatur.*“

„durch eine Poenalsanction gegen alle Beleidigungen und Verletzungen gesichert.[1] Wenn wir auch nicht leugnen wollen, dafs der strafrechtliche Schutz bei der *res sancta* in den Vordergrund tritt, so erschöpft sich darin doch keineswegs die *sanctio* und damit das Wesen der *res sancta*, vielmehr wird bei unserer weiteren Untersuchung der civilrechtliche Schutz besonders zu betonen sein. Ob deshalb von Marquardt[2] die Uebersetzung »unverletzlich« besonders glücklich gewählt sei, glauben wir bezweifeln zu sollen.

Wir unterscheiden ein zweifaches Sanctum: ein *proprie sanctum*,[3] *sanctum* im engeren Sinn oder Nur-*sanctum*, d. h. *sanctum non sacrum non religiosum*, und ein *sanctum sacrum (religiosum)*. Im ersteren Fall ist das *sanctum* ein Nicht-*sacrum*, aber deshalb kein *profanum*, welches ja nur gewöhnlichen civil- und strafrechtlichen Schutz geniefst. Vielmehr ist es nach seiner begrifflichen Natur unter erhöhten Schutz gestellt. Hierher rechnete man im röm. Recht vor Allem die Mauern der Stadt Rom, der Municipien und bestimmte Colonien.[4] Wie ferner im altgermanischen Recht, so participirten im altrömischen Rechtsleben die Grenzen der Privatgrundstücke, wie Steine, Bäume und Gräben, an dem religiösen Schutz. Wer die Mauern verletzt, die Grenzen verrückt, die Früchte bei nächtlicher Weile stiehlt, — der versündigt sich gegen die

---

Vgl. auch Papinian in l. 41 D. 48, 19: *„sanctio legum, quae novissime certam poenam irrogat his qui praeceptis legis non obtemperaverint.“* Wir construiren also nicht mit Wappäus, *sancire poenas*, sondern *sancire rem (lege)*. So scheint neben Glück (Commentar II., § 164) und Marquardt (Römische Staatsverwaltung, III. 142), auch Hartung (die Religion der Römer I. 139) die Sache aufzufassen: „*Sanctus*, ein Particip von *sancire*, welches feststellen unter göttliche Bürgschaft bedeutet.“

[1] Commentar II., § 164. Ebenso Wächter, Württemb. Privatr. II. 285, N. 16.

[2] Dieser definirt *sanctum* als „dasjenige, welches weder Eigenthum eines Gottes noch eines Menschen, aber durch eine gesetzliche Bestimmung *(sanctio)* für unverletzlich erklärt ist“ (III. 142). Ebenso Glück, Comm. II., § 164. Uebrigens pafst die Marquardt'sche Definition nur auf das *sanctum* im engeren Sinn, und wir halten dafür, dafs hier die Eigenthumsfrage mit Unrecht in den Begriff verlegt ist.

[3] Dieser Ausdruck ist quellenmäfsig (l. 9 § 3 D. 1, 8), nicht so der folgende.

[4] Uhrig (Tübinger Theol. Quartalschrift 1878, S. 406) u. Marquardt III. 143, besonders Anm. 2, wo auch die Frage der *sanctitas portarum* erledigt ist.

[5] Thudichum, die Gau- und Markverfassung in Deutschland, S. 125.

Götter und ladet den Zorn derselben und die schwersten Strafen auf sich.[1] Der Kreis der *res sanctae proprie dictae* war ein bald engerer, bald weiterer. Kreittmayr rechnet für seine Zeit auch „die landesherrliche Residenz und Rathhäuser" dazu.[2] Noch jetzt dürfen wir als *res sanctae* im engeren Sinn ansehen die Wohnungen, Eisenbahnen, Telegraphenanlagen, Wasserleitungen, Brunnen, Dämme, Brücken, Feuerzeichen u. s. w., deren Zerstörung als sogen. „gemeingefährliches" Delict nach dem § 306—330 des R. St. G. B. mit besonders schwerer Strafe bedroht ist. Dabei ist das Verhältnifs des civilrechtlichen Schutzes zum strafrechtlichen bei verschiedenen Sachen verschieden: manchmal ist nur einer ersichtlich, dann wieder beide, und dies in verschiedenem und gleichem Stärkegrad. Der privatrechtliche Schutz zeigt sich besonders in Veräufserungs- und Pfändungsverboten, sowie im concursrechtlichen Schutz. So hebt Capycius hervor, dafs die Stadt nicht mit ihren Thoren und Mauern bezahlen dürfe, vielmehr müfsten diese vorher ihres öffentlichrechtlichen Charakters entkleidet werden.[3] Ein *sanctum* im Sinne des besonderen civilrechtlichen Schutzes sind heute auch die Stammgüter. Der Rechtsgrund der *sanctio* ist öffentlich-rechtlicher oder auch politischer Art: der concursrechtliche und Pfändungsschutz mancher Sachen (C. P. O. § 715) entstammt humanitärer Rücksichtnahme; im röm. Staat aber war der strafrechtliche wie civilrechtliche Schutz der *res sanctae* gemeinhin der Ausflufs einer religiösen Gesinnung. Glück[4] spricht daher von einer „religiösen Heiligkeit der Mauern", von der später „blofs die Unverletzlichkeit" übrig geblieben sei, und die „den Schutzgöttern zu deren Schutz geweihet"[5] waren. Mazoch[6] entwickelt in dieser Richtung sogar ein ganzes System

---

[1] Ihering, Geist des röm. Rechts, I. 268.

[2] *Compendium codicis Bavar. civil. p. II. c. 1. § 3 (S. 54).*

[3] *Decisiones Neapolitanae XXVII., 43.*

[4] II., § 164.

[5] II., § 165: „Zu den Zeiten des heidnischen Alterthums verband man damit noch einen religiösen Begriff, indem man darunter solche Sachen verstand, die den Schutzgöttern besonders geweiht und daher im eigentlichen Verstande *divini juris* waren." — Glück irrt jedoch, wenn er meint, dafs dies „ehemals blofs bei den Stadtmauern" stattgefunden habe.

[6] *Commentarius in mutilum Campani amphitheatri titulum, Neap. 1727, p. 101 sq.*

von Dedication und Consecration und nennt daher die „*opera publica*“ sogar „*sacra*“. Damit wird aber der Unterschied von *sanctum* und *sacrum* vollständig verwischt. Doch mag er immerhin über das Ziel hinausschiefsen, so viel ist uns zweifellos, dafs im altröm. Recht der besondere den *res sanctae* gewährte publicistische oder civilistische Schutz neben der Rücksichtnahme auf das »gemeine Beste«[1] religiöser Ueberlegung entsprang, indem eine bestimmte Gottheit als ihr Schutzherr galt.

Hier beschäftigt uns jedoch das *sanctum* im weiteren Sinn, d. h. insofern es gleichzeitig ein *religiosum* oder *sacrum* ist. Selbst das *religiosum* liegt uns vorerst noch fern; da aber im Verlauf einer längeren Bildungsgeschichte das *religiosum* zum *sacrum* wird, scheint es uns am gerathensten, die Begriffslehre des altrömischen *religiosum* jetzt schon zu geben.

§ 23.

2. Die *res religiosae*.

Das *sanctum* beruht auf einer bestimmten gesetzlichen Schutzbestimmung, die freilich eine mehr oder weniger religiöse Ueberlegung zur Voraussetzung haben kann; das *religiosum* aber gründet sich auf die nothwendige und ausschliefsliche Beziehung zur Gottheit und wird nicht erst durch den „Gesammtwillen“ (Gesetz), sondern schon durch den Willen des Einzelnen existent.[2]

Was das erste anlangt, so heben dies die Quellen deutlich genug hervor: „*(Religiosum) esse, Gallius Aelius (dicit) quod homini ita facere non liceat, ut, si id faciat, contra deorum voluntatem videatur facere.*[3] Diese Auffassung ist, wenn auch als Definition zu weit, offenbar

[1] Glück, Comm. II., § 164.

[2] Gaius, Inst. II. 6: „*Religiosum vero nostra voluntate facimus.*“ Ebenso § 9 J. II. 1: „*Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit.*“ Vgl. auch l. 6 § 4 D. 1, 8. Es bedurfte also keiner öffentlichen Autorität, sondern es genügte die Handlung des Privatmanns.

[3] Festus, p. 278b.

richtig. Wegen der engen Beziehung zur Gottheit entstand ja der Name, mögen wir nun mit Cicero *religio* von *relegere* oder mit Lactantius von *religare* ableiten.[1] So kannte man *dies religiosi*, welche auf Grund eines an diesem Tage erfolgten verhängnifsvollen Gottesurtheils (z. B. *dies Alliensis:* 18. Juli) die religiöse Scheu erweckten, gewisse Handlungen an jenem Tage vorzunehmen. Zu den *loca religiosa* im weiteren Sinne zählte insbesondere das Blitzgrab *(fulgur conditum)*, d. h. der zur Expiation nach Anweisung der *pontifices* errichtete schornsteinartige Schacht mit einem bodenlosen Sarg an der Stelle, wo der vom Himmel kommende Blitz *(fulgur sacrum)* in der Erde erstarb.[2] Wir können eine *religio* im objectiven und subjectiven Sinn unterscheiden. Die *religio rerum* ist eine bestimmte heilige Qualität der durch eine sittliche Bedeutsamkeit ausgezeichneten Sache, welcher die Römer mit einer heiligen Scheu *(religio hominum)* begegneten.[3]

Darin stimmt aber das *religiosum* auch mit dem *sacrum* überein, und wir haben demnach zwischen diesen beiden Begriffen die Grenzlinie zu bestimmen. Festus sagt: „*Religiosum ac sacrum est, ut templa omnia, atque aedes, quae etiam sacratae dicuntur. At quod per se religiosum est, non utique sacrum est, ut* **sepulcra,** *quod ea non sacra sed religiosa sunt.*“[4] Das *religiosum* im engern Sinn ist also die Begräbnifsstätte.

Ueber die juristische Bedeutung des *religiosum* bekommen wir von Gaius einen interessanten Aufschlufs: „*religiosae, quae Diis manibus relictae sunt.*“[5]

---

[1] Cicero *(de nat. deor. II. 28)*: „*Qui omnia, quae ad cultum deorum pertinerent, diligenter retractarent et tamquam relegerent, sunt dicti religiosi ex relegendo.*“ Dagegen Lactantius: „*Hac condicione gignimur, ut generanti nos Deo justa et debita obsequia praebeamus, hunc solum noverimus, hunc solum sequamur. Hoc vinculo pietatis obstricti Deo religati sumus, unde ipsa religio nomen accepit, non ut Cicero interpretatus est, a relegendo.*“

[2] Vgl. Marquardt III. 252 f.

[3] Vgl. auch Festus, *sub v. religiosum* u. *religio.* Die seltenere *religio* im objectiven Sinn erwähnt einmal Ulpian: „*solent, qui liberare eum locum religione volunt, sacra inde evocare*“ (l. 9 § 2 D. 1, 8). Ebenso Cicero *de domo, c. 48, § 127:* „*dedicatio magnam habet religionem.*“

[4] p. 289. Ebenso Gai. II. 6; § 9 J. II. 1.

[5] II. 4.

Die Schwierigkeit liegt in dem „*Diis Manibus*“. Die Gegenüberstellung von *dii superi* und *dii manes* legte nämlich die Versuchung nahe, in den letzteren Götter der Unterwelt zu suchen. Dieser Versuchung sind denn auch die meisten erlegen, und Isidor (1. Differ. 341) definirt geradezu: „*religiosum, quod ad Deos inferos (pertinet)*“; selbst Marquardt scheint noch von dieser Unterstellung beeinflufst zu sein, widrigenfalls uns sein Tadel III, S. 144[1] nicht begreiflich wäre; ebenso huldigt ihr noch Gierke[1] und Mommsen[2]. Diese Auffassung war ferner die Veranlassung, weshalb man in scholastischem Concinnitätssinn auch für das *sanctum (proprie dictum)* ein analoges göttliches Substrat ausfindig machte und dabei auf die *semidei sive heroes* oder gar auf die *dii tutelares* verfiel.[3]

Diese Constructionen sind aber falsch, wie die Ansicht über *manes*. Unter Manen verstand das Alterthum — das müssen wir insbesondere auch gegen Scagliosi[4] festhalten — die Seelen der Verstorbenen, gleichviel ob sie im Lande der Seligen oder im finsteren *Orcus* weilten. Weil man aber von geliebten Verstorbenen und auch im weiteren Sinn von jedem Dahingeschiedenen in humaner Auffassung annimmt, dafs er in einem glücklichen Leben angelangt

---

[1] Genossenschaftsrecht III. 64[103].

[2] Staatsr. II. 47.

[3] J. H. Böhmer, *jus paroch. sect. V. c. I., § 2:* „*Sunt qui docent, gentiles triplicem constituisse Deorum suorum differentiam, ut alii essent superi, alii inferi, alii semidei, quo Heroes vulgo referebantur ... et hoc intuitu eos triplicem quoque differentiam ratione consecrationis constituisse, ut aliae res consecrarentur diis superis, templa scilicet et altaria, aliae inferis, ut sepulcra, aliae denique semideis, ut muri et portae ... Alii vero docent, templa diis superis, sepulcra diis manibus, quos circa sepulcra pererrare crediderunt, muros portas et valla deis tutelaribus civitatum consecrata fuisse, alii aliter.*“ Vgl. auch Thomas in *monit. ad disputat. de iure princ. circa adiaphora, § 16.* Backofen, die Gräbersymbolik der Alten, Basel 1859, S. 159 ff. Stark, Heidelberger Jahrbücher der Literatur 1860, S. 647.

[4] Vgl. die Kraus'sche Real-Encyclopädie, S. 375. — Glück spricht in unserem Sinn von den Manen als den „Seelen der Abgeschiedenen“ (Comm. II., § 165), wie er schon früher (§ 164) „*dii manes*“ und „Seelen der Abgestorbenen“ gleichgesetzt hatte. Brinz erklärt Manen und Todte nur für einen andern Ausdruck (Pand., 1. Aufl. II. 1043).

ist und bei den Göttern weilt, verknüpfte sich von vornherein mit den *manes* der Begriff des Guten.[1] *Man-is*, *μαλ-ακος*, *moll-is*, sind, worauf schon Festus hinweist, *synonyma* von *bonus*, und *mane* ward, wie Macrobius[2] betont, zur guten Vorbedeutung der Anfang des Tages genannt.

Auch die neuere Philologie erklärt sich mit dieser Auffassung einverstanden, wobei man gewöhnlich auf das Compositum *immanis* verweist, „mit welchem man etwas Schauerliches bezeichnet, das, wie wir zu sagen pflegen, nicht geheuer ist.“[3] Die römische Sucht, alles Gute zu vergöttern, läfst dann das Epitheton *dii* nicht mehr als merkwürdig erscheinen. Dafs man sie nur „euphemistisch die Guten nannte“, um ihren schädlichen Einflüssen zu entgehen, wie Marquardt[4] unter einseitiger Berufung auf Servius[5] annimmt, ist unrichtig. Denn die Macht, welche die Manen auf die Lebenden ausüben, haben wir gewifs nach Art der gespensternden Beunruhigung zu denken, wie sie auch noch die heutige Auffassung des Volkes an die theuersten verstorbenen Verwandten knüpft. Diese sprachliche Scheidung kannte die lateinische Sprache nicht, denn *larvae* sind nicht die Gespenster, sondern die Seelen der Schlechten. So treffen sich in *manes* zwei verschiedene Bedeutungen, und nur insoweit die seltenere Gespensterbezeichnung in den Vordergrund tritt, konnte Servius sagen: „*Sunt autem noxiae et dicuntur κατ᾽ ἀντίφρασιν — placari putant sacrificiis, ne noceant.*“ Dafs man ferner bei *manes* immer an eine Versetzung der Verstorbenen unter die Götter zu denken habe, mufs ebenfalls gegen Marquardt[6] bezweifelt werden. Die Apotheose war stets nur das Privilegium der Grofsen. Die auf den Grabsteinen übliche Inschrift: *D. M.* oder *D. M. S. = dis manibus, dis manibus sacrum*[7] war in ihrer Allge-

---

[1] Varro *de ling. lat. 6, 4;* Nonius, *de comp. doctr. per litteras p. 66, 12, Festi ep. p. 147.*

[2] Saturn. I., 1 fin.

[3] Hartung, die Relig. der Römer, I. 43. Ebenso Krieg, Grundrifs der römischen Alterthümer, 2. Aufl. 1882, S. 211.

[4] III. 120. — [5] *ad Aen.* III. 63.

[6] „Die Römer glaubten, dafs die Seelen der Verstorbenen als göttliche Wesen *(Dii manes)* in der Unterwelt fortlebten.“ (III. 120.)

[7] Vgl. darüber den interessanten Artikel in der Real-Encyclopädie der chr. Alterthümer von Kraus, Freiburg 1881, sub D. M. (S. 372 ff.), ferner Becker,

meinheit — das möchten wir gegen Krieg[1] einwenden — sicherlich nichts mehr als eine gewohnheitsmäſsige Pietät gegen das Andenken des Verstorbenen. Damit wollen wir aber keinesfalls leugnen, daſs gute Manen mitunter als Laren charakterisirt sind, und daſs sie wohl auch vielfach nach Art der verklärten Ahnen der Familie als Schutzgötter, mithin als *dii* im technischen Sinn, genommen werden können;[2] sprechen doch auch die Schriftsteller von einem göttlichen Cult der *manes lares*,[3] aber man darf nicht in allen Fällen, wo die *manes* als *lares* bezeichnet sind, eine derartige Apotheose annehmen. Vielmehr ist *lares* als Gegensatz zu *larvae* an vielen Stellen nur der Ausdruck für den uns bei Verstorbenen geläufigen Begriff des »Seligen«, thatsächlich also identisch mit *manes*.

Das *religiosum* entsteht also nicht durch eine Beziehung der Grabstätte zu den *dii inferi*, sondern durch das Verhältniſs des Grabmals zu dem Verstorbenen. Wappäus sagt daher treffend: „Der erzeugende Grund der *religio* . . . ist also die heilige Scheu vor dem vermeintlichen Anrecht der Manen des Verstorbenen."[4] Die nothwendige und ausschlieſsliche Beziehung zur Gottheit, welche oben schon als Wesen der *religio* im allgemeinen Sinn bezeichnet wurde, ist somit bei den *res religiosae sive sepulcra* wohl vorhanden; während sie aber bei den *res sacrae* eine unmittelbare ist: *quae Dis superis consecratae sunt* — wird sie bei den *res religiosae* (im engeren Sinn) erst durch den Verstorbenen vermittelt: *manibus relictae*. Mag sich nun diese Beziehung zur Gottheit in einer halbgöttlichen Natur des Verstorbenen bewerkstelligen, oder mag naive Frömmigkeit ein locales Zusammenleben des »Seligen« mit der Gottheit construiren, oder mag schlieſslich die pietätsvolle Hochhaltung des Leichnams und Pflege der Grabstätte nur ganz allgemein als sittliche Pflicht oder göttliche Anordnung empfunden

---

die heidn. Weiheformel D. M. auf altchristl. Grabsteinen, 1881. Krieg, Gr. der röm. Alterthümer, II. Aufl. 211¹.

[1] A. a. O. 211¹.

[2] Vgl. Cicero de legg. II. 9 u. 22. Ovid fast. II. 842. — Näheres bei Marquardt III. 121 ff. und den bei ihm S. 119² erwähnten Schriftstellern.

[3] Varro bei August. VIII. 26. Tertull. Apol. c. 13.

[4] „Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen," a. a. O. 14.

worden sein, die Beziehung der Grabstätte zur Gottheit ist ebenso unverkennbar, als nur durch den Verstorbenen vermittelt.

In letzter Hinsicht kann nicht bestimmt genug hervorgehoben werden, dafs das *religiosum* nicht etwa durch einen Rechtsact, sondern durch ein lediglich factisches Moment, die *mortui illatio,*[1] zur Existenz gelangt. Grabmonumente ohne beigesetzte Leiche *(Cenotaphia)* gelten nicht für religiös, ein Grundsatz, der freilich bis zur Zeit der *divi fratres,* d. h. des M. Aurel. Antoninus und Luc. Verus, controvers war,[2] von Vergil[3] und Marcian[4] direct bekämpft und von Florentinus vertheidigt wurde.[5] Die widersprechende Meinung Marcians bezeichnet Glück als „eine blofse Privatmeinung dieses Gelehrten."[6] Ulpian steht auch auf dem Standpunkt des Edicts.[7] Wie die *illatio* der Grabstätte den Charakter der Religiosität verlieh, so wurde ihr derselbe durch die *translatio* oder *eiectio* der *ossa* wieder genommen.[8] Bei der Beisetzung war eine priesterliche Weihe ebenso unnöthig,[9] als nach der Ausgrabung eine ceremonielle Entweihung unbekannt.

Der rechtserzeugende Grund des *religiosum* ist somit die Th a t-

---

[1] Das Substantiv kommt nicht vor in den Quellen, wohl aber unzählige Mal das Verbum. Als Substantiv functionirt *sepultura* (l. 44 pr. D. 11, 7).

[2] L. 6 § 5 D. 1, 8: *„Cenotaphium quoque magis placet locum esse religiosum."* l. 7 eod.: *„sed divi fratres contra rescripserunt."*

[3] Aen. III. 304.

[4] Vgl. die citirte l. 6 § 5 D. 1, 8.

[5] L. 42 D. 11, 7: *„Monumentum generaliter res est memoriae causa in posterum prodita; in qua si corpus vel reliquiae inferantur, fiet sepulcrum, si vero nihil eorum inferatur, erit monumentum memoriae causa factum, quod Graeci κενοτάφιον [inane sepulcrum] appellant."*

[6] Comm. II., § 164. G. giebt auch eine Erklärung dieser Discrepanz.

[7] Vgl. die in N. 2 citirte Lex, sowie l. 6 § 1 D. 11, 7, wo dieser Grundsatz zur Anwendung kommt: *„Si cenotaphium sit, posse hoc venire, dicendum est; nec enim esse hoc religiosum, Divi fratres rescripserunt."*

[8] *„Quum autem impetratur, ut reliquiae transferantur, desinit locus religiosus esse"* (Paulus in l. 44 § 1 D. 11, 7). Vergl. auch Glück, Comm. II., § 165; Grellius, *de translatione mortuorum,* § 2—10; Uhrig, Tüb. Theol. Quartalschrift 1878, S. 394, 397.

[9] Allerdings standen die Begräbnisse unter der Aufsicht der Pontifices. (Glück, Comm. II., § 165.)

sache der Beisetzung, und die Ausdehnung des *locus religiosus* bestimmt sich genau nach der Gröfse der bestatteten Leiche *„quatenus corpus humatum sit.“* [1] Bei der Zerstückelung der Leiche ist nur die Begräbnifsstätte des Kopfes ein *locus religiosus.* [2]

Aber nicht jede *illatio* erzeugte ein *religiosum,* vielmehr ist nach einem in den Pandekten überlieferten Ausspruch des Paulus begrifflich erforderlich, dafs die Beerdigung nicht einstweilig, sondern für immer erfolgt, dafs das *sepulcrum* eine *„quasi aeterna sedes“* sei; [3] auch durfte sie nicht ohne Weiteres auf einem servitutpflichtigen Boden, [4] wohl aber auf einem verpfändeten [5] erfolgen.

Weil ferner die Qualität des *religiosum* eine streng civilrechtliche Eigenthümlichkeit einer Sache war, griffen die strengen Anschauungen des quiritarischen Eigenthums Platz, deren Härte die religiöse Feinfühligkeit durch einen glücklichen Griff beseitigte: die Gräber in den Provinzen, in welchen es ein quiritarisches Eigenthum nicht gab, waren zwar nicht gesetzlich, wohl aber nach guter Sitte religiös; [6] die Gräber der Feinde waren aber auch dieses Privilegs beraubt: *„Sepulcra hostium religiosa nobis non sunt“* — und infolgedessen genossen diese nicht den besonderen civilrechtlichen Schutz, der sonst dem *religiosum* als *sanctum* zu Theil ward: *„ideoque lapides inde sublatos in quemlibet usum convertere possumus, non sepulcri violati actio competit.“* [7]

Ja die durch den Feind eroberten *sepulcra Romana* verlieren sogar ihren religiösen Charakter, gewinnen ihn aber *iure postliminii* wieder. [8]

---

[1] Celsus in l. 2 § 5 D. 11, 7. — [2] l. 44 D. 11, 7.

[3] l. 40 D. 11, 7: *„Si quis enim eo animo corpus intulerit, quod cogitaret inde alio postea transferre, magisque temporis gratia deponere, quam quod ibi sepeliret mortuum, et quasi aeternam sedem dare destinaverit, manebit locus profanus.“*

[4] *Locum, qui servit, nemo religiosum facit, nisi consentiat is, cui servitus deberetur.* L. 2 § 8 D. 11, 7.

[5] l. 2 § 9 l. c.

[6] Gaius II. 7: *Sed in provinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum vel usufructum habere videmur: utique tamen etiamsi non sit religiosum, pro religioso habetur.*

[7] l. 4 D. 47, 12.

[8] *„Quum loca capta sunt ab hostibus, omnia desinunt religiosa vel sacra*

Die Macht der Feindschaft, welche das röm. Volk charakterisirt, hat sich demnach auch hier noch als wirksam erwiesen, dagegen hat die Macht des sittlichen Bewufstseins eine weitere Härte, die sich aus der civilrechtlichen Stellung des Sklaven hätte ergeben müssen, überwunden: *„locum, in quo servus sepultus est, religiosum esse.“* [1]

Somit kommen wir zu der Definition: Das *religiosum* des röm. Rechts ist die durch die Leichenbeisetzung bewirkte Rechtsqualität und sittliche Werthsteigerung der Grabstätte eines Römers, welche mit dem erhöhten straf- und civilrechtlichen Schutz des *sanctum* ausgestattet war.

3. Die *res sacrae.*

I. Das klassisch-römische Recht.

a. Die *consecratio.*

§ 24.

Die allgemeinen Voraussetzungen des *sacrum.*

Man darf den Ausdruck für den formlosen Ursprung und die rein thatsächliche Natur des *religiosum* vielleicht schon in der oben gegebenen Definition des Gaius suchen: *„religiosae, quae Diis manibus relictae.“* Sicherlich weist der erste Theil: *„sacrae sunt, quae Dis Superis consecratae sunt“* bestimmt darauf hin, dafs das *sacrum* keine formlose Rechtsgrundlage hat, vielmehr zu seiner Existenz einen besonderen Formalact voraussetzt, die Consecration. In dieser Richtung sind folgende Stellen von besonderer Wichtigkeit:

1. Festus *sub v. sacer Mons* (*p. 231a,* Müller):
   „Gallus Aelius ait sacrum esse quodcunque more [2] *atque instituto civitatis consecratum sit . . . . quod autem privati*

---

esse, sicut homines liberi in servitutem perveniunt. Quodsi ab hac calamitate fuerunt liberata, quasi quodam postliminio reversa pristino statui restituuntur.“ l. 36 D. 11, 7.

[1] Dieser von Aristo bereits vertretene Satz wurde als Aeufserung Ulpians in die Digesten aufgenommen. l. 2 pr. D. 11, 7.

[2] Das handschriftliche *quocunque modo* ist offenbar corrupt. Die Verbindung von *mos* und *institutum* fanden wir bei *Cic. de domo,* c. 52, § 134:

suae religionis causa aliquid earum rerum Deo dedicent, id Pontifices Romanos non existimare sacrum."

2. Gaius, II. 5:
„*Sacrum quidem hoc solum existimatur, quod ex auctoritate populi Romani consecratum est, veluti lege de ea re lata aut senatusconsulto facto."* [1]

3. Marcian in l. 6 § 3 D. 1, 8.:
„*Sacrae autem res sunt hae, quae publice consecratae sunt, non private; si quis ergo privatim sibi sacrum constituerit, sacrum non est sed profanum."*

§ 25.

Die *consecratio publica.*

Die letztere Stelle ist von besonderem Interesse. Hiernach giebt es ein *sacrum*, das ein *sacrum* nicht ist. Die Institutionen suchten den Widerspruch dadurch auszugleichen, dafs sie an einer Stelle *sacrum* zum *quasi sacrum* erweiterten: „*Si quis vero auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum."* [2]

Aber auch dieses *quasi* ist nur eine Verlegenheitsmaske; um zu erkennen, dafs ein *quasi sacrum* kein *sacrum* sei, dazu bedurfte es keiner besonderen Erklärung. Brinz legt andererntheils den Nachdruck auf *sibi* und erläutert diese Construction mit den Worten: „höchstens für ihn selber, geschweige denn für jeden Dritten wurde die Sache heilig." [3] Hiergegen ist aber zu erinnern, dafs die Uebersetzung des *quasi* mit höchstens unzulässig ist, und dafs es unbegreiflich wäre,

---

„*nihil more institutoque perfecit."* — Huschke schlug vor, dem *quocunque modo* ein *quod* vorzusetzen (vgl. Müller *ad Festum p. 320 annot.)*, was zwar Müller nicht in den Text aufnahm (321a), aber in einer Anm. empfahl. Lachmann (ad Gai. II. 5) liest: „*quodcunque more et sive solum."*

[1] So hat der *codex Veron.* in deutlicher Schrift, wie Studemunds *Apographum* ausweist. Lachmann in der *editio Goescheniana III.* las: *Sacrum quidem solum existimatur auctoritate populi Romani fieri; consecratur enim lege de ea re lata aut senatusconsulto facto.*

[2] § 8 J. 2, 1.

[3] Pand., 1. Aufl. II. 1042.

dafs die Redactoren das *quasi* nicht einfach vor die überlieferte Marcianische Formulirung *(sibi sacrum)* sollten gesetzt haben, sondern sogar eine absichtliche Umstellung vornahmen *(sacrum sibi),* und dies doch wiederum nur, um den Zusammenhang des *quasi* mit *sibi* zu befestigen. *Sibi* ist an beiden Stellen vielmehr bedeutungslos *(dativus ethicus),* wie doch auch Brinz wohl nicht behaupten wird, dafs eine Steigerung oder Abschwächung des *sacrum* sich nach dem weiteren oder engeren Interessentenkreis bemesse.

Wir glauben den Widerspruch der Quellen vielmehr dadurch lösen zu sollen, dafs wir, wie oben ein *sanctum* und *religiosum* im engeren und weiteren Sinne unterschieden wurde, so auch ein *sacrum* mit doppelter Bedeutung annehmen. Manche Naturerzeugnisse gelten ein für alle Mal als einer bestimmten Gottheit geweiht *(sacra),* so der Lorbeer dem Apollo, der Oelbaum der Minerva etc.[1] Dasselbe wissen wir bezüglich der einzelnen Tage. Ferner wurden die vom Blitz getroffenen Bäume als heilig angesehen: „*arbores sacrae sive fulguritae, sive fanaticae,*[2] und es war hier die *expiatio* üblich.[3] Es giebt somit einen ganz verschiedenen Ursprung des *sacrum:* die Natur der Sache, ein zufälliges Factum u. s. w. Hiermit hängt auch jedenfalls die Thatsache des verschiedenen Grades des *sacrum* zusammen. Dafs wenigstens nach griech. Sacralrecht eine derartige Abstufung anzunehmen sei, ist durch Schömann[4]

---

[1] Plinius, *nat. hist. XII. 1.*

[2] *Festi ep. p. 92: fanatica dicitur arbor fulmine icta.* Vergl. auch die Glosse bei Marquardt III. 145^6.

[3] Marquardt III. 125.

[4] Wir heben Folgendes hervor: „Ein solcher *Temenos* ist aber nicht immer seinem ganzen Umfang nach in gleichem Grade heilig. Der Platz, wo der Altar oder ein Tempel der Götter errichtet ist, ist in eminentem Sinne geweihter Boden, jeder Benutzung zu menschlichen Bedürfnissen entzogen und deswegen auch noch besonders kenntlich abgegrenzt.“ Griech. Alterthümer II. 195. Der Grad, wonach die *res sacrae* dem Verkehr entzogen sind, gestaltet sich danach verschieden. Ein ἄλσος bei Megalopolis hinter dem Dionysostempel war nach dem Bericht des Pausanias (VIII. 31, 5) ganz unzugänglich. Im Uebrigen wurde der *Temenos* vielfach verpachtet (Böckh, Staatshaushalt der Athener I. 414 und Schömann a. a. O. II. 196), ja die Krissäische Ebene unterhalb Delphi lag ganz frei (Aesch. Ktesiph., § 108). Im Heiligthum der Hyrnetho bei Epidaurus durften nicht einmal abgefallene Zweige gesammelt werden (Pausan. II. 28, 7), wie auch

bewiesen. Wir haben sie aber unzweifelhaft auch für das röm. Recht anzunehmen. Einzelne menschliche Körpertheile pflegten einem besonderen Gott geweiht zu sein; wie ganz anders haben wir uns aber die Sacertät eines *sacer homo* oder eines durch das *sacramentum* verpfändeten *sacrum caput* zu denken. Die analogen Erscheinungen begegnen uns im Sachenrecht.[1]

Ein *sacrum* im nichtjuristischen Sinn liegt zum Beispiel vor, wenn Festus *de verb. significatione* (C. Müller, p. 290b) sagt: „*sacram viam quidam appellatam esse existimant, quod in ea foedus ictum sit inter Romulum ac Titium.*" Vgl. ebend. p. 318a: *Sacrum porcum dici ait Verrius, ubi iam a partu habetur purus, a qua re appellatum esse sacrum dicit.*"

Trotz der gemeinsamen Benennung liegt nicht selten ein wesentlicher Unterschied vor. Nach dem Gesagten ist ein *sacrum* im weiteren Sinn (auch in meistens schwächerem Grade) jede Sache, welche menschliches Wähnen in eine gewisse directe Verbindung mit der Gottheit bringt: der Zusammenhang kann hier ein verschiedener sein. Ein Sacrum im engeren und juristischen Sinn ist aber die Sache, deren Beziehung zur Gottheit nicht ein beliebiges ominöses Ereignifs, oder eine natürliche Beschaffenheit u. s. w. vermittelt, sondern deren religiöse Werthsteigerung durch einen besonderen Consecrationsact bedingt wird.[2]

Aber auch so ist der Begriff noch zu weit. Marcian spricht von einer *publica consecratio* und stellt dieser entgegen eine *privata* — nicht *consecratio*, sondern — *constitutio (si quis ergo privatim sibi sacrum constituerit).* Wenn auch hier das Wort *consecratio* vermieden ist, so ist doch diese *constitutio* als *consecratio* gefühlt und bei Cicero, wo er davon spricht, seiner Tochter Tullia ein *fanum*

---

in einem Teich des Hermes bei Pharae und des Poseidon bei Aegiae in Lakonien nicht gefischt werden durfte (Paus. III. 21, 5; VII. 22, 4). Aehnlich Pausan. I. 38, 1.

[1] Mommsen, Staatsrecht II., S. 58 f.; Marquardt III. 148.

[2] *Consecrare* u. *consacrare* kommt in den älteren Quellen nebeneinander vor. Vgl. *Gruteri corp. Inscr. I., p. 18, 6; p. 30, 3.* Orelli, N. 618, 4352, 4507, 4588, 4947. Man erklärt daher auch *consecrare* mit *sacrum reddere.* Vgl. Eichhoff, *De consecrationis dedicationisque apud Romanos generibus variis* (Festprogramm des Duisburger Gymn. 1869), *p. 4.*

zu weihen, auch so genannt.[1] Einen Fall dieser *privata consecratio* erwähnt Cicero mit den Worten: *„quum Licinia virgo Vestalis summo loco nata, sanctissimo sacerdotio praedita T. Flaminio Q. Metello consulibus aram et aediculam et pulvinar sub Saxo dedicasset.“*[2] Charakteristisch aber bleibt immerhin, dafs Marcian den Ausdruck *privata consecratio,* trotzdem er ihm, so zu sagen, auf der Zunge liegen mufste, vermied, wie ja auch in der *causa Liciniae* der durch *Senatusconsultum* angerufene Entscheid des *Pontifex Maximus* dahin ging: *„SACRVM NON VIDERIER.“*[3] Wir haben hier einen deutlichen Beweis dafür, dafs das damalige Staatsrecht bei der *consecratio* die blofse Privatwidmung ausschlofs und die Oeffentlichkeit zum essentiellen Merkmal erhob.[4] Uhrig nennt das *sacrum* erster Gattung „liturgisches, aber nicht juristisches *sacrum*“,[5] Brinz unterscheidet zwischen *sacral* und *quasi sacral*,[6] und bereits bei Cicero findet sich für die *consecratio privata* der Ausdruck *„quasi consecratum.“*[7] Nur mit dem *sacrum* im engsten juristisch-technischen Sinn haben wir es im Folgenden zu thun.

§ 26.

Die *auctoritas publica.*

Die Voraussetzung des juristischen *sacrum* ist also die *consecratio publica.* Was haben wir aber unter einer *consecratio publica* zu verstehen?

Aus der bei Festus citirten Stelle des Gallus Aelius[8] zunächst geht hervor, dafs die *consecratio publica* ausschliefst:

---

[1] *ad Attic. 12, 18.*

[2] *De domo c. 53, § 136.* Vgl. auch Liv. *X. 23,* wo *Virginia* der *Pudicitia* ein *sacellum* erbaut und einen Altar dedicirt hat; *„nulla tamen,“* wie Eichhoff *(de consecr. dedicationisque generibus, p. 17)* hinzufügt, *„pontificum mentione adjecta.“ Cf.* ferner *Valer. Max. II. 4, 5.*

[3] Cic. a. a. O. c. § 136.

[4] Ulpian in l. 9 pr. D. 1, 8: *„sacra loca sunt, quae publice sunt dedicata.“*

[5] Tüb. Theol. Quartalschrift 1878, S. 404.

[6] Pand., 1. Aufl. II. 1043.

[7] *ad Attic. 12, 19.* — [8] Vgl. S. 170 f.

1. die Weihe durch eine nicht öffentliche Person *(privati)*, [1]
2. die Weihe zu nicht öffentlichem Gebrauch *(suae religionis causa)*. [2]

Die Privatopfer (Dionys. II. 65, Festus 245 a) kommen daher in dem Folgenden nicht in Betracht, vielmehr haben wir es nur mit denjenigen zu thun, „welche entweder für das Volk im Ganzen oder für die einzelnen Theile des Volkes, aber für alle zugleich dargebracht werden.“ [3]

Damit ist aber der Begriff noch keineswegs gefunden. Was z. B. den ersten Punkt anlangt, so war die *Licinia* gewifs eine öffentliche Person *(virgo Vestalis, sancto sacerdotio praedita)*, und doch hatte die von ihr vorgenommene *consecratio* nicht die Rechtswirkungen des *sacrum*, weil sie, so lautete das *responsum* des *Pontifex Maximus* „*INJVSSV POPVLI*“ dedicirt habe. [4] Eine nothwendige Voraussetzung der *consecratio publica* war also der *iussus populi*, d. h.: das souveräne Volk *(populus* oder *plebs)* mufste einem zum Consecriren Befähigten die Ermächtigung zur *consecratio* ertheilen. [5] Wenn Cicero den *Populus* und die *Plebs* als die Factoren bezeichnet, [6] welche allein die Consecrationsvollmacht ertheilen,

---

[1] *Cicero ad Attic. IV. 2* erklärt die *consecratio* für unwirksam: „*Si neque populi iussu neque plebis scitu is qui se dedicasse diceret, nominatim ei rei praefectus esset.*“ Ebenso *de dom. c. 53, § 136:* „*nisi eum populus R. nominatim praefecisset.*“ Damit widerlegt sich die Auffassung des *Lexicon Aegidii Forcellini sub v. consecro:* „*consecrare quivis potest privatus.*“

[2] *Cic. de domo, § 128:* „*consecrabantur aedes, non privatorum domicilia.*“

[3] Marquardt III. 118[1].

[4] *Cicero de domo, c. 53, § 136.*

[5] Cicero erklärt die *Consecration* für wirkungslos, wenn der Consecrirende „*neque populi iussu aut plebis scitu id facere iussus esset.*“ Ebenso heifst es *de domo c. 53, § 136:* „*nisi eum populus R. nominatim praefecisset atque eius jussu faceret, non videri ea recte posse dedicari.*“

[6] Vgl. auch die *oratio de domo c. 49 § 127, c. 50 § 128.* Ebenso Livius IX. 46: „*Ne quis templum aramve iniussu senatus aut tribunorum . . dedicaret.*“ Hierher gehört auch *Cic. pro Balbo 14, 33:* „*sacrosanctum esse nihil potest, nisi quod populus plebesve sanxit.*“ Dieses alte Gesetz ist tribunicischen Ursprungs und, wie Cicero berichtet, von Q. Papirius rogirt: „*Video enim esse legem veterem tribuniciam, quae vetet iniussu plebis aedes terram aram consecrari . . . . neque tam hoc ille Q. Papirius, qui hanc legem rogarit, sensit*“ *c. 49 § 127*, und ferner im c. 50, § 128: „*Lex Papiria vetat aedes iniussu plebis consecrari.*“

so ist diese hiermit nach der ganzen staatsrechtlichen Auffassung der Ciceronianischen Zeit als Ausfluſs der gesetzgebenden Gewalt hingestellt. Ulpian verlangt seiner Zeit entsprechend die *constitutio principis.*[1] Die Berechtigung zur *consecratio* leitet sich her, wie Gaius betont, *„ex auctoritate populi Romani“,* und als Erscheinungsformen dieser *auctoritas* bezeichnet dieser beispielsweise nach dem Staatsrecht seiner Zeit die *lex* und das *senatusconsultum.*[2] Der Jurist spricht an der angezogenen Stelle von einer *lex de ea re lata,* und man könnte versucht sein, hier das Erfordernifs einer *lex specialis* ausgesprochen zu sehen. Doch ist dieser Zusatz zu allgemeiner Natur: ein Gesetz, das in der betr. Materie *(lex singularis)* nicht: ein Gesetz, das nur für einen vorliegenden einzelnen Fall ergangen ist. Wir glauben zwar gern, daſs sich die römischen und besonders die altrömischen Consecrationen gemeinhin auf ein Specialgesetz im Sinne des letzten Falles gründeten, denn jedes weniger entwickelte Staatsrecht bevorzugt die Normirung *ad hoc.* Aber daraus möchten wir nicht den Schluſs ziehen, daſs ein principieller und bewuſster Ausschluſs einer mehr generellen Normirung gewollt gewesen sei.[3] Ja, wir gehen sogar so weit, daſs wir die Consecrationsvollmacht sogar auf gewohnheitsrechtlicher Basirung für rechtmäſsig hinnehmen, und wir glauben — wenn anders Lachmanns Conjectur richtig ist — dafür in G. Aelius einen Gewährsmann zu haben, welcher das als *sacrum* bezeichnet, was kraft gewohnheitsmäſsiger Uebung *(more)*[4] oder kraft ausdrück-

---

[1] l. 9 § 1 D. 1, 8.

[2] Paulus in l. 9 D. 1 3: „*Non ambigitur, Senatum ius facere posse.*“ Vgl. auch Liv. 40, 34.

[3] Mommsen, Staatsrecht II. 60[1]: „Uebrigens ist bei der Anwendung dieses Satzes wohl zu beachten, daſs er das generelle Princip ausspricht, aber in der Handhabung vielfach Ausnahmen unterlegen haben wird, oder, genauer gesprochen, daſs die überall unentbehrliche Zustimmung des Volkes unter gewissen Bedingungen anticipirend erfolgt sein kann . . . . bei den *Sacra* der Geschlechter mögen gewisse Consecrationen ein für alle Mal statthaft gewesen sein.“ Auch Gierke, d. Genossensch. III. 64[98], läſst den Volks- oder Staatsbeschluſs bei der verwandten *votio* nur „zum Theil“ erfolgen.

[4] Der *terminus tech.* ist zwar *consuetudo,* doch ist auch *mos* der juristischen Terminologie nicht unbekannt. Vgl. z. B. l. 32 pr. D. 1, 3: „*Id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est,*“ u. l. 32 § 1 D. h. t.: „*Inveterata*

licher Bestimmung *(instituto)* consecrirt worden ist.[1] Weshalb sollte sich z. B. auch nicht ein Gewohnheitsrecht haben bilden dürfen, dafs die Beute ganz oder zum Theil einem Gott gewidmet wurde? Die Consecrationsfähigkeit oder der Consecrationsberuf ist freilich Ausflufs des *imperium* und *sacerdotium*, und der entsprechende Charakter wurde nur *lege speciali*, d. h. hier aber nicht: für den einzelnen bestimmten Fall, sondern nur für die eine bestimmte Person, für alle vorkommenden Fälle verliehen. Die Vollmacht aber zur Ausübung dieses Berufes im concreten Fall ist mit dem *imperium* noch nicht ohne weiteres oder gar schrankenlos gegeben, sondern ihr Vorhandensein sowie ihr Inhalt ergiebt sich aus dem jeweiligen Volkswillen, der gerade so gut in der gewohnheitsmäfsigen Uebung als in gesetzlicher Normirung zur Erscheinung kommt: *„nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?“*[2]

Das Resultat unserer Untersuchung ist demnach folgendes: Die *consecratio publica* hat zur nothwendigen Voraussetzung die Zustimmung des Volkes, mag diese nun in der gewohnheitsrechtlichen oder gesetzlichen Erscheinungsform existent werden. *Res sacrae* sind diejenigen Sachen, welche von Staatswegen zum öffentlichen Cultus einer vom Volk verehrten Gottheit geweiht sind.

b. Die *dedicatio*.

§ 27.

Quellen und Literatur.

In den Quellen, juristischen wie nichtjuristischen, erscheint die *consecratio* gemeinhin in Verbindung mit der *dedicatio*. Schon die oben citirte Stelle des Gallus Aelius giebt einen Beleg für die Con-

consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius, quod dicitur moribus constitutum.“ — Genau unser Fall findet sich bei *Cicero de domo c. 52, § 134: „si dixit aliquid verbis haesitantibus postemque tremibunda manu tetigit, certe nihil rite, nihil caste nihil more institutoque perfecit.“*

[1] *Cic. pro Balbo 14, 33: „Primum enim sacrosanctum esse nihil potest nisi quod populus plebesve sanxit; deinde sanctiones sacrandae sunt aut genere ipso aut obtestatione legis aut poenae.“*

[2] l. 32 § 1 D. 1, 3: *„Nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes.“*

nexität beider Begriffe. Hierdurch wird aber die richtige Erkenntniſs bedeutend erschwert.[1]

Die Sacrallehre als geheim gehaltene Kastenwissenschaft bildete bereits im Alterthum eine *terra incognita*: *„non ad fastos, non ad commentarios pontificum admittimur.“*[2] Varro hat zwar, wie Augustinus *(de civit. Dei VI, 3)* bezeugt, im 36. Buch seiner *Antiquitates* über die *consecratio* gehandelt, aber wir haben leider nicht einmal Fragmente davon; man pflegte die Sacrallehre in der Oeffentlichkeit mit derselben feinfühligen Zartheit zu behandeln, wie man etwa heute im deutschen Parlament die äuſsere Politik bespricht. Selbst der redeeifrige Cicero, der in heftiger Opposition gegen die während seiner Verbannung vorgenommene *consecratio* seines Hauses die typisch gewordene Rede *pro domo* hielt und daher alle Veranlassung hatte, die Sacralfrage mit eindringlicher Schärfe zu behandeln, bekennt sich hierin als Sclave seiner Zeit: *„D i x i a p r i n c i p i o nihil me de scientia vestra, nihil de sacris, nihil de abscondito iure pontificum dicturum.“*[3] Und an einer anderen Stelle heiſst es: *„nihil loquor de pontificio iure, nihil de ipsius verbis dedicationis, nihil de religione, caerimoniis: non dissimulo me nescire ea, quae etiam si scirem, dissimularem.“*[4]

Keine Frage der Sacralwissenschaft ist aber in ein gröſseres Dunkel gehüllt als die Frage nach dem Verhältniſs der *consecratio* zur *dedicatio*. Gewiſs hat Cicero der *dedicatio* manches Wort gewidmet, weshalb er dem Zeitgeist entsprechend sogar eine Entschuldigung von Nöthen hält.[5] Aber derjenige wird sich sehr getäuscht

---

[1] Eichhoff l. c.: *Quum igitur, quam varia et perplexa per se consecrationis ratio fuerit, pateat, tum eius cum affinibus vocabulis, ut dedicationis, conjunctio et confusio difficultatem atque obscuritatem auget.*

[2] Liv. IV. 3, 9.

[3] c. 54. Diese Rede wird von Fr. A. Wolff, Markland, Eichhoff und anderen für unecht erklärt. Die dafür angegebenen Gründe haben uns nicht überzeugt, wir glauben aber darauf nicht näher eingehen zu sollen, weil auch die Rede im Falle der Unechtheit als beliebige Urkunde des röm. Geistes immerhin einen hervorragend archäologischen Werth hat.

[4] c. 46 § 121.

[5] *„Quae sunt adhuc a me de iure dedicandi disputata, non sunt quaesita ex occulto aliquo genere litterarum, sed exempla de medio, ex rebus palam per magistratus actis ad collegiumque delatis, ex senatusconsulto, ex lege.“ De domo, c. 54.*

fühlen, welcher aus den Ciceronianischen Perorationen besondere Aufklärung über das Wesen der Dedication erwartet. Nicht besser ergeht es uns bei den übrigen juristischen und nichtjuristischen Schriftstellern des Alterthums. Wir werden daher selbst bei der sorgfältigsten Registrirung der überlieferten Mittheilungen zu keinem endgültigen befriedigenden Resultat gelangen und sind daher genöthigt, der Conjectur einen bescheidenen Spielraum zu lassen.

Die Literatur ist bei der Schwierigkeit der Materie keine allzu reichliche; trotzdem bleibt an Buntscheckigkeit nichts zu wünschen übrig. Mazoch[1] zunächst resümirt die Ansicht seiner Zeit in dem Satz: *„dedicare nihil aliud esse quam consecrare (plerique omnes persuasissimum habent),“* eine Auffassung, der auch Glück zu huldigen scheint.[2] Am ausführlichsten haben sich mit vorliegender Frage von Dahlen und Mazoch beschäftigt; von besonderem Interesse sind die Ausführungen des letzteren, welcher in erster Linie der *dedicatio* seine Aufmerksamkeit schenkte, während bei v. Dahlen die *consecratio* in den Vordergrund tritt.[3] Die Grundauffassung Mazochs tritt uns in dem Satz entgegen: *(dedicatio) „nihil aliud proprie fuit, quam ἐγκαινισμός, id est primus rei usus; haec vero, antequam res in usum traduceretur, certis ritibus formulisque conceptis perficiebatur.“*[4] Das wechselseitige Verhältnifs der Dedication und Consecration zeichnet er ebenso kurz als innerlich unklar mit den Worten: *„dedicatio latius quam consecratio patuit.“*[5] Mazochs Irrthum beruht hauptsächlich darin, dafs er all die nicht technischen Bedeutungen des *sacrum,* welche wir vorweggenommen haben, hier noch einspielen läfst. Das hinderte jedoch nicht, dafs

---

[1] *In mutilum Campani amphitheatri titulum, Neap. 1727, p. 79.*

[2] Comm. II., § 165: „Die *Res sacrae* der Römer erhielten ihre Heiligkeit nur durch eine auf die hergebrachte feierliche Art ihnen zum Gottesdienst gegebene Weihe, die man *solemnis dedicatio* oder *consecratio* nannte.“

[3] Vgl. Mazoch, p. 100[55].

[4] l. c., p. 97.

[5] l. c., p. 80. Im Einzelnen bemerkt er: *„consecratio . . . sine dedicatione esse potest, ut haec vicissim sine consecratione“ (p. 79). „Locus poterat interdum sacer esse, in quo nihil erat alicui Deo dicatum neque ara, neque signum neque aliud quidpiam“ (p. 80). „Contra vero et dedicatio sine consecratione saepenumero intelligebatur et poterat certe unum sine altero consistere“ (p. 80).*

er neuestens in Eichhoff[1] einen Anhänger fand, welcher es sich doch zur Hauptaufgabe gesetzt hat, die verschiedenen Arten der Consecration auseinanderzuhalten. Auch das Lexicon Aegidii Forcellini[2] kommt durch das Heranziehen des nichtjuristischen *sacrum* zu höchst unklaren Formulirungen, und sieht, ebenso wie Graeve,[3] in der *consecratio* die nothwendige Voraussetzung der *dedicatio;* das *dedicatum* ist nach ihm stets auch ein *consecratum,* nicht aber umgekehrt. C. Fronto Grammaticus dagegen hatte sich das wechselseitige Verhältnifs von *consecr.* und *dedic.* folgendermafsen gedacht: *„consecratur quasi sanctum constituitur, hoc est dedicatur deo, quod illi debetur; consecratur quod profanum est."*[4] Man wird auch diese Definition trotz des Lobes von Wagner, welcher ihr die Note *„optime"* ertheilt,[5] keiner allzu grofsen Klarheit beschuldigen. Was denkt sich Fronto insbesondere unter *„dedicatur"?* Wie es uns scheint, ist ihm Consecration und Dedication dasselbe *(hoc est),* das erste Mal unter dem Gesichtspunkt der religiösen Weihe, welche den Charakter der Heiligkeit verleiht *(sanctum constituitur quod profanum est),* und das andere Mal unter Hervorhebung eines mehr rechtlichen Verhältnisses; soll sich darin nun aber eine mehr religiöse Anschauung (Opfer) oder lieber ein juristischer Gedanke verstecken *(traditio quoad dominium* oder *quoad usum,* sei es *ex titulo donationis* oder *solutionis)?* Der Auffassung des Grammatikers steht offenbar Krieg am nächsten: „Die *dedicatio* oder Uebergabe des Tempels als Eigenthum an die Gottheit, und die *consecratio* oder Weihung, d. i. Ausscheidung

---

[1] *De consecrationis dedicationisque apud Romanos generibus variis* (Festprogramm des Duisburger Gymn. 1869) p. 7: *quare latioris ambitus esse videtur hoc vocabulum (dedicare) quam consecrare."* Ebenso macht er die Mazoch'sche Wiedergabe des *dedicare* mit *tradere seu addicere usui* zu der seinigen. p. 7.

[2] *sub v. consecro: consecrantur quaecunque Diis adiiciuntur, etiam agri, animalia etc., dedicantur ea tantum, quae ad Deorum cultum proxime pertinent, ut signa, tabulae, aedes, templa. Quaecunque dedicantur, consecrata sunt, non e contra. Nam dedicatio supponit consecrationem, non contra. Quaedam consecrare quivis potest privatus: dedicare est magistratus aut illius, quem populus iusserit. Consecratio non habet certam formulam, at in dedicatione pontifex verba praeibat, quibus illa perageretur."*

[3] *ad Cic. de domo c. 48.*

[4] Siehe bei Wagner *(de consecratione templorum Rom.) p. 23.*

[5] l. c., p. 23.

von profanem Gebrauche." [1] Im Uebrigen ist diese Formulirung zu unbestimmt, als dafs sie hier weiter berücksichtigt werden könnte. Wagner scheint ferner einen Zeitunterschied statuiren zu wollen, der aber thatsächlich in der Objectsverschiedenheit *(fundus* und *aedificium)* aufgeht: *„consecrationem igitur loci demum sequuta est dedicatio."* [2] Er beschränkt die *consecratio* auf den *fundus,* die *dedicatio* auf das *aedificium,* wodurch sich der Zeitunterschied von selbst ergiebt. Eine zeitliche Differenzirung nimmt auch Uhrig an, obschon er im Uebrigen den Fehler Wagners vermeidet: „Dem Acte der Consecration des Tempels ging aber die Consecration des Grund und Bodens *(consecratio fundi),* dann die feierliche Dedication *(Deo dicatio)* voraus. [3] Marquardt schliefslich erblickt in der *dedicatio* den Act, „in welchem der Vertreter des Staates das betreffende Object übergiebt", und in der *consecratio* den Rechtsvorgang, in welchem „der Vertreter des Gottes dasselbe in Empfang nimmt und für eine *res sacra,* d. h. ein Eigenthum der Gottheit erklärt." [4]

§ 28.

Die Methode der Untersuchung.

Um über die jurist. Natur der *dedicatio* zur Klarheit zu gelangen, müssen sehr verschiedene Fragen abgehandelt werden. Die Fragestellung und damit die Methode der folgenden Untersuchung entnehmen wir am besten aus Cicero: *„In dedicatione nonnè et quis dedicet, et quid et quomodo quaeritur?"* [5] Demnach haben wir zu handeln über das Dedicationssubject, das Dedicationsobject und den Dedicationsmodus.

---

[1] Grundrifs der röm. Alterthümer, II. Aufl., S. 227. So auch Müller, Ueber das Privateigenthum an den kath. Kirchengebäuden, 15: „Wo genauer unterschieden wird, bezeichnet *consecratio* die Umgestaltung der bisher profanen Sache zur heiligen durch den *Pontifex, dedicatio* die Hingabe der Sache an den Gott und seinen Cult durch den bisherigen Eigenthümer."

[2] p. 23. Ein *„insigne exemplum"* für diese Ansicht glaubt er aus Liv. II. 8 entnehmen zu können, wonach zwischen der *consecratio areae* und der *dedicatio aedis* ein *„aliquot annorum spatium"* gelegen hat. Wagners Fehler liegt darin, dafs er die *consecratio areae sive fundi* mit der *consecratio aedificii exstructi* identificirt. (p. 24.)

[3] Theol. Quartalschr. 1878, S. 393 f.

[4] III. 259. — [5] *de domo c. 49, § 127.*

§ 29.

1. Das Dedicationssubject.

Diese Frage macht nur dadurch grofse Schwierigkeit, dafs sie, ebenso wie die beiden folgenden, in den Quellen immer nur in und mit der Consecrationsfrage entschieden ist. Die wichtigeren Stellen sind daher schon früher zur Sprache gekommen. Wir sahen, dafs sich die Consecrationsfacultät als Ausflufs eines magistratischen Amtes offenbart, und dafs sie in und mit dem Amte nur *lege speciali* an einen einzelnen *Magistratus cum imperio* für alle künftigen, gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich bestimmten Fälle verliehen wurde. Ganz so charakterisirt sich aber auch die Dedicationsfacultät, wie wir ja damals schon Stellen von Livius, Cicero und Ulpian in diesem Sinne citirten.[1] Als Dedicanten bezeichnen die Quellen die Duumvirn[2] *(aedi dedicandae)*, Consuln,[3] Censoren,[4] Dictatoren,[5] Praetoren,[6] und später die Principes.[7]

Die Frage des Dedicationssubjectes entscheidet sich daher in und mit der Frage des Consecrationssubjectes. Wir werden aber sehen, dafs auch der Pontifex bei der *dedicatio* mitwirkt, wie er nach den Quellen in gleicher Weise bei der *consecratio* betheiligt erscheint. Ueber das Verhältnifs der beiderseitigen Thätigkeit, insbesondere darüber, ob wir uns dieses als ein Coordinations- oder Subordinations-, als ein Disiunctiv- oder Coniunctivverhältnifs zu denken haben, kann hier noch nichts gesagt werden. Nur das kann

---

[1] Liv. IX. 46: „*Ne quis templum aramve iniussu senatus aut tribunorum dedicaret.* Cic. *de domo c. 53 § 136:* „*nisi eum populus R. nominatim praefecisset atque eius iussu faceret, non videri ea recte posse dedicari.*“ Ulpian in l. 9 § 1 D. 1, 8: „*Sciendum est, locum publicum tunc sacrum fieri posse, quum Princeps eum dedicavit, vel dedicandi dedit potestatem.*“

[2] Liv. II. 42, 5; XXIII. 21, 7; XXXIV. 53, 5; XXXVI. 36, 5; XL. 34, 4. — Vgl. ferner im Allgem. Mommsen (Staatsr.) II.² 602 ff. und Marquardt a. a. O. S. 259; Gruther, *de iure pontificum* III. 12; Wagner l. c. p. 42 sqq.; Eichhoff, l. c. p. 19. — Mazoch ist merkwürdiger Weise anderer Ansicht, 91 sqq.

[3] Liv. VIII. 3.

[4] Liv. XXXIV. 53; XL. 52.

[5] Liv. V. 23.

[6] Liv. XXXIV. 53.

[7] cf. Not. 1.

nach einer sorgfältigen Durchmusterung der Quellen schon hier erwähnt werden, dafs da, wo zwischen *dedicatio* und *consecratio* unterschieden ist, die *dedicatio* in ersichtlicher Vorliebe mit dem Namen des *magistratus* in Verbindung gebracht ist,[1] die *consecratio* dagegen fast gleich oft an den *magistratus* und den *pontifex* angelehnt erscheint.[2] Dieser Umstand sowie die sonstige Ungeschiedenheit der *consecratio* und *dedicatio* werden später ihre Erklärung finden.

§ 30.

2. Das Dedicationsobject.

Wie wir bis jetzt bei sämmtlichen Sacralbegriffen eine engere und eine weitere Bedeutung auseinander halten mufsten, so ist auch bei der *dedicatio* eine Scheidung geboten. Wir stimmen selbstverständlich Mazoch[3] und Eichhoff[4] bei, dafs *dedicatio, dedicare* = *dedicere, addicere* = der einen Seite ab- und einer anderen zusprechen — die Grundbedeutung einer Zuwendung hat. Die Erklärung des Festus ist zu bestimmt: *„adhuc manet dedicatus quasi usui dicatus.“*[5] Dafs diese Bedeutung insbesondere auch der jurist. Terminologie bekannt war, geht am besten aus folgender Stelle des Paulus hervor: *„Filius familias togam emit, mortuo deinde eo pater ignorans et putans suam esse, dedicavit eam in funus eius.“*[6] Das röm. Sacralrecht hat aber mit diesem allgemeinen Begriff nicht mehr zu arbeiten, kennt vielmehr nur die begrifflich engere *in sacrum dedicatio*,[7] d. h. die *dedicatio*, welche ein *sacrum*

---

[1] Daher sagt man *magistratus per pontificem* (oder *pro pontifice* = in Gegenwart des *pontifex*) *dedicat.* Vgl. *Cic. de dom. 46 § 120.* Grut. *13, 11*; Varro *de l. l. 6, 61;* Liv. *I. 10; II. 27.* Die Beispiele sind zahllos. Vgl. darüber auch Marquardt III. 262, N. 5 u. 6.

[2] Dies gegen Marquardt a. a. O.

[3] l. c. p. 80 sqq.

[4] l. c. p. 7.

[5] Vgl. auch *Isid. orig.* u. *Nonius* u. a. bei Mazoch p. 82, not. 44. Von Interesse ist auch der Ausdruck *„in censum dedicare“* = *in censum referre,* bei Cic. pro L. Flacco, c. 32.

[6] l. 19 D. 15, 3.

[7] Dieser *terminus* ist quellenmäfsig vgl. Gaius l. 3 D. 44, 6: *„Rem, de qua controversia est, prohibemur in sacrum dedicare, alioquin dupli poenam*

constituirt, also mit der *consecratio* nothwendig verbunden erscheint. Mazoch irrt nun vor Allem mit der Annahme, dafs die Verschiedenheit des Objectes den begrifflichen Unterschied der *consecratio* und *dedicatio* bewirke. [1] Denn die nach seiner Ansicht nur dedicirten, d. h. hier: dem allgemeinen Gebrauch übergebenen Sachen, wie Amphitheater, [2] Theater, [3] Gymnasien, [4] Bibliotheken, [5] Brücken, [6] Wege [7] u. s. w., waren, soweit sie nicht auch consecrirt waren, überhaupt keine *sacra*. Die als *sacra* bezeichneten *templa* wurden aber nicht blofs, wie Mazoch anzunehmen scheint, consecrirt, sondern auch dedicirt.

Das Dedications- und Consecrationsobject ist nach dem römischen Sacralrecht dasselbe. Da Brinz das bei der *consecratio* nothwendige Vorhandensein der *auctoritas populi Romani* auf „Grund und Boden" beschränkt, [8] so liegt die Annahme nicht fern, dafs er nur hierin das taugliche Consecrationsobject erblickt. Eine derartige Auffassung widerstreitet jedoch den Quellen. Ja, man könnte sogar versucht sein, gerade den Boden von den consecrationsfähigen Objecten auszunehmen. [9] Diese Platonisch-Ciceronianische Ansicht haben

---

patimur." Mazoch hält diesen Ausdruck (mit Facciolatus) unter offenbarer Verwechslung mit der vorhin citirten Stelle des Paulus für identisch mit: *„in funeris et sacri impensas insumere." (p. 83.)*

[1] *Quare sic statuo, prioris generis aedificia (scl. templa) consecratione initiari oportuisse, eoque sacra fuisse appellata; cetera vero, sive sancta, uti urbium muri, dicerentur sive ne hanc quidem appellationem nacta essent, non consecrari sed dedicari seu ἐγκαινίζεσθαι tantum consuevisse."*

[2] p. 102 sq. — [3] p. 103. — [4] p. 103.

[5] p. 104 sq. — [6] p. 104.

[7] p. 104. Eichhoff p. 7: *porticus, bibliothecae, thermae, tumuli, sepulcra, statuae = publicata sive addicta sive aperta populo.*

[8] Pand. 1. Aufl. II. 1042: „Nicht nur ist überall Mitwirkung der *pontifices*, sondern bei Grund und Boden überdies die *auctoritas populi Romani* nothwendig."

[9] *Plato legg. XII. 7. Cic. legg. c. 18: „Agri autem ne consecrentur, Platoni prorsus assentior, qui, si modo interpretari potuero, his fere verbis utitur: Terra igitur, ut focus domiciliorum, sacra deorum omnium est; quocirca ne quis iterum idem consecrato."* Dazu bemerkt Feldhügel: *„Ut focus domiciliorum, i. e. aedium privatarum deorum sacer est, ita terra iure divino sacra deorum omnium est. Quare ne quis id quod iam sacrum est, iterum consecrato, i. e. iuris divini faciat, quo ius divinum violabatur."*

wir aber offenbar gerade so gut als blofse Schulmeinung anzusehen[1], als die Behauptung der Opfergegner, welche sich nur deshalb gegen die Zulässigkeit des culturellen Opfers erklären, weil Gott ohnedies der Eigenthümer aller Dinge sei. Auch die neueste Entdeckung von Eichhoff,[2] wonach sich die consecrationsfähigen Objecte auf die *arae et aedificia* beschränken, ist ohne Bedeutung; wir halten die Zahl derselben vielmehr für eine unbegrenzte und können für diese Ansicht Gallus Aelius bei Festus anführen, welcher als *res sacrae* aufzählt: *„aedis, sive ara, sive signum, sive locus, sive pecunia, sive quid aliud.“*[3] Freilich nahmen die *arae*[4] *(mensae)*[5] und die *aedes*, wie an der citirten Stelle, so auch in der Wirklichkeit, den ersten Platz ein. Die Nachrichten über die Dedication der Tempel insbesondere sind, wie wir später sehen werden, sehr zahlreich.

Bei den Tempeln unterschied man eine doppelte *consecratio-dedicatio*, nämlich *fundi* und *aedificii*. Die erstere ist unter dem Namen *inauguratio (ab augure effatio sive liberatio)* bekannt: *„Antiqui aedes sacras ita templa faciebant, ut prius per augures locus liberaretur effareturque, tum demum a pontifice consecraretur ac post ibidem sacra edicerentur.“*[6] Diese Inauguration war früher nicht allgemein; sie

---

[1] Cicero selbst sagt, wo er die Lehre von den Consecrationsobjecten streift: *„quae si tu interpretaris de nostris aedibus atque agris scripta esse, non repugno.“* Und die von Clodius vorgenommene Dedication eines Privatgrundstückes wurde von den *pontifices* nur wegen Verletzung der *lex Papiria* für ungültig erklärt (Cic. ad Attic. IV. 2, 3).

[2] l. c. p. 16.

[3] *sub v. sacer mons. (p. 321a.)*

[4] cf. den *titulus arae Salononae Jovi dedicatae* bei Orelli n. 2490 u. *tit. arae Narbonensis* l. c. n. 2489.

[5] Macrobius Saturn. III. 11. Ferner Varro *de ling. lat. VI. 61: „sic enim aedis sacra a magistratu pontifice praëeunte dicendo dedicatur.“* Ebenso Serv. *ad Aen. I. 740: „Tangit ritum Romanorum, qui paniceas sacratasque mensas habebant, in quas libabant.“* VIII. 279: *„Quaeritur sane cur in mensam et non in aram libarerint. Sed apud antiquos inter vasorum supellectilem etiam mensam cum aris mos erat consecrari quo die templum consecrabatur.“* Wir gehen hiernach wohl nicht fehl, wenn wir annehmen, dafs die gottesdienstlichen Geräthe *(instrumenta)* besonders consecrirt zu werden pflegten. Besonders sind die *arae* hervorzuheben (Marquardt III. 149, 157. Vgl. auch III. 265.)

[6] Servius *ad Aen. I. 450.* Ueber den Inaugurationsmodus vgl. *Cic. de nat. deor. III. 20, 52;* pro Sest. 35, 75; Liv. I. 6; II. 56; III. 17; VIII. 14.

bedingte nicht den Sacralcharakter der *aedes*, wohl aber die eigenartige Natur der *templa: „Sic Aedes Vestae ad sacra peragenda patebat consecrataque a pontifice erat, minime tamen templum dicebatur, cum Numa non inaugurari eam voluerit.“* [1] Später aber war sie die Regel,[2] wie ja auch Servius ganz allgemein erklärt: *„loca sacra, id est ab auguribus inaugurata effata.“* [3] Marquardt hält es für „unwahrscheinlich“, „dafs der Platz nach der Inauguration noch consecrirt wurde.[4] Wir stimmen dem bei, aber nur deshalb, weil wir diese *inauguratio* selbst als eine *consecratio* auffassen, die nur das Eigenthümliche hat, dafs sie sich auf den *fundus* beschränkt und durch den *augur* erfolgt, der übrigens hier mehr im Vordergrund steht, als der *pontifex* bei der *consecratio aedificii.* Wir kennen ein *„augurio consecratum“* [5] gerade so gut wie *„per pontifices consecrata.“* [6] Die »Weihung« des Platzes bei Tacitus, *hist. IV. 53,* welche Marquardt selbst unter dem Gesichtspunkt der *consecratio* betrachtet, im Uebrigen aber für „eine ausserordentliche Feier“ hält, „aus welcher nicht ohne weiteres allgemeine Schlüsse zu machen sind,“ ist an der bezeichneten Stelle doch auch nur *inauguratio* genannt. Dafs die *inauguratio loci* den rechtlichen Gehalt der *consecratio* hat, geht aus Varro[7] und Livius[8] hervor, wo Romulus sagt: *„Jupiter Feretri, haec tibi victor Romulus rex regia arma fero templumque his regionibus, quas modo animo metatus sum, dedico.“* Wir stützen unsere Ansicht insbesondere auch auf folgenden Umstand: Im römischen Recht gilt der Grundsatz: *res cedit solo,* d. h. das rechtliche Schicksal der *res exstructa* bestimmt sich

---

[1] Gellius, *noct. Attic. 14, 7, 7*; ebendaselbst: *„in loco per augurem confirmato, quod templum appellaretur.“* Gruther, *de iure pontif. l. III. c. 2.* Hartung a. a. O. I. 141.

[2] Varro *de ling. lat. VII. 10: „in urbe Roma pleraeque aedes sacrae sunt templa.“*

[3] *ad Aen. III. 463.* Ferner Varro *de ling. lat. VI. 53*; Cic. *de legg. II. 8, 21*; Festus *p. 157a.* — Vgl. auch Uhrig (das Kirchengut, S. 7 und Tüb. Theol. Quartalschr. 1878, S. 409 f.), Marquardt III. 152.

[4] III. 153². Ebenso 263 und Jordan *de hemerologio Arvalium,* Ephem. Epigr. I. p. 233 gegen Lübbert, p. 28.

[5] Serv. *ad Aen. VII. 153.*

[6] § 8 J. 2, 1.

[7] *de ling. lat. VII. 8.*

[8] I. 10, 6.

nach dem des *fundus*, nicht aber umgekehrt. Danach hätte also die Sacertät des *fundus* wohl die des *exstructum* nach sich ziehen, nicht aber umgekehrt der Sacralcharakter der *res exstructa* ohne weiteres denjenigen des *fundus* effectuiren können. Dies müssen wir insbesondere gegen Glück betonen, welcher „nach der Natur des Eigenthums“ den Boden für ein *sacrum* hält.[1] Trotzdem bezeichnen die Quellen den *fundus aedis* als *sacer*. Und wenn wir ferner annehmen wollten, dafs hier ausnahmsweise die religiöse Scheu der *aedes exstructa* gegenüber dem *fundus* eine bestimmende Bedeutung eingeräumt habe, — was wir quellenmäfsig nicht zu beweisen vermöchten — so widerstreitet dem der von Papinian[2] und Marcian[3] verfochtene Rechtssatz: „*Locus, in quo aedes sacrae sunt aedificatae, etiam diruto aedificio sacer adhuc manet.*“ Denn wäre die Sacertät des *fundus* an das *aedificium* gebunden, so müfste sie auch mit diesem verschwinden. Steht ein Gebäude im Niefsbrauch, so erhält sich dieser nach dessen Zerstörung auch nicht im *fundus* zu Gunsten eines Neubaus, sondern geht definitiv verloren.[4] Dafs nach der Zerstörung der *aedes sacra* der Boden noch heilig bleibt, ist Beweis für die selbständige sacralrechtliche Natur des *locus aedis*. Wir dürfen uns die Sache aber auch nicht so denken, als würde die Verflüchtung der Sacertät des Gebäudes in den Boden[5] als eine ausnahmsweise Durchbrechung eines sonst mafsgebenden Grundsatzes zu Recht bestehen. Denn die früher citirten Institutionen- und Pandektenstellen besagen ausdrücklich: der Ort bleibt, nicht er wird *sacer*.

§ 31.

3. Der Dedicationsmodus.

In dieser Frage häufen sich die Schwierigkeiten, denn das *quomodo* der Weihe blieb dem Laien besonders verhüllt: „*Illa interiora iam vestra sunt, quid dici, quid praeiri, quid tangi, quid teneri ius fuerit.*“[6]

---

[1] Comm. II., § 165. — [2] § 8 J. 2, 1.

[3] l. 6 § 3 D. 1, 8. — [4] L. 5 § 2 D. 7, 4.

[5] Dazu könnte Traian *ad Plin. ep. 71* verleiten: „*Nam si facta est (aedes), licet collapsa sit, religio eius occupavit solum.*“

[6] *Cic. de dom. c. 54.*

Gebete und religiöse Ceremonien verbindet unsere heutige Anschauung unzertrennlich mit dem Begriff der *consecratio.* Nicht so im röm. Sacralrecht. Zwar werden diese in den histor. Berichten[1] erwähnt, — und wie sollte man dies bei der religiösen formelhaften Richtung des altrömischen Rechts auch anders erwarten — aber nirgends werden sie mit dem Ausdruck der Nothwendigkeit hervorgehoben. Wir gehen daher wohl nicht fehl, wenn wir Gebet und ceremonielle Handlungen unter dem Gesichtspunkte des *naturale,* nicht des *essentiale,* auffassen.

Was nun die Ceremonien insbesondere anlangt, so weifs Cicero von ihnen nichts zu berichten;[2] es ist aber nicht zu bezweifeln, dafs die Berufung des Volkes, wenn auch nicht geboten,[3] so doch zulässig und üblich war.[4] An dieses richtet sich das bekannte Gebot zu schweigen, und um jede Störung zu vermeiden, blies bei der *consecratio* ein *tibicen.*[5] Wie alle religiösen Handlungen und Gebete,[6] so erfordert auch der *ritus consecrandi* von Seiten des Pontifex die Verhüllung des Hauptes.[7] Auch von Opfern[8] berichten die Quellen, und da die *consecratio-dedicatio* an den verschiedensten Orten stattfand, mufste ein Opferheerd *ad hoc* errichtet werden,[9] wozu man gemeinhin einen tragbaren Apparat benutzte.[10] In enger Ver-

---

[1] Liv. I. 13, 19. Dion Halic. *III. 70.* Varro *de ling. lat. V. 7.* Tacit. *Annal. IV. 53, histor. III. 72, IV. 53. Cic. ad Attic. IV. 2, de domo § 123 sqq.*

[2] *de domo c. 46 § 121: „Nihil loquor . . . de religione, caerimoniis: non dissimulo, me nescire ea.“*

[3] Marquardt, III. 205.

[4] *Cic. de domo § 124: „contione advocata;“ § 125: „contio tota.“* Vgl. auch Seneca, *consol. ad Marc. 13* u. Ovid. *fast. VI. 659.*

[5] *Cic. de dom. § 123: „adhibitoque tibicine“; § 125: „quid ergo illa tua tum obtestatio tibicinis?“* — Plin. *nat. hist. 27, 11: „tibicinem canere, ne quid aliud exaudiatur.“*

[6] Liv. I. 18.

[7] *Cic. de dom. § 124: „capite velato.“* Vgl. auch Lomeyr, *de lustrationibus gentilium,* c. 35, p. 325; Gruther, *de iure pontif.* III. c. 11; Wagner, 50. — Im Allgemeinen Marquardt III. 171.

[8] Marquardt III. 164: „Den Mittelpunkt jeder heiligen Handlung bildet ein Opfer.“

[9] *Cic. de dom. § 123: „consecravit foculo posito,“ § 124: „foculo posito bona . . . consecravit.“* Ebenso § 125.

[10] Henzen, *acta fratrum Arval. p. 23, 93.* Marquardt III. 159.

bindung hiermit standen die Lustrationen, die bei jeder religiösen Handlung eine Rolle spielten, und welche bei der *consecratio* wohl am wenigsten unterlassen wurden; hat doch das *delubrum* gerade daher seinen Namen *(deluere)*.[1] Die Quellen kennen sowohl die Feuer- als auch die Wasserreinigung, besonders üblich waren die *suovetaurilia*,[2] mit welchen in dem klass. Bericht des Tacitus[3] noch die *lustratio per aquam* verbunden erscheint. Die Zweifel Eichhoffs[4] bezüglich der Ueblichkeit der Opfer und Lustrationen bei den Consecrationen sind unbegründet.[5] Bei Siculus Flaccus ist der Consecrationsritus der *lapides terminales* in folgender Weise beschrieben: *„Cum terminos disponerent, ipsos quidem lapides unguento velaminibusque „et coronis eos coronabant. In fossis autem, in quibus posituri eos erant, „sacrificio facto hostiaque immaculata caesa, facibus ardentibus iniectis „fossae cooperari sanguinem instillabant eoque thura et fruges iactabant: „favos quoque et vinum aliaque quibus consuetudo est terminis sacrum fieri „consumtisque omnibus dapibus igne, super calentes reliquias lapides collocabant „atque ita diligenti cura confirmabant; adiectis etiam quibusdam saxorum „fragminibus circumcalcabant, quo firmius starent.“*[6]

Die ceremoniellen Handlungen sind für die Erkenntnifs des Wesens der *consecratio-dedicatio* nicht so wichtig als der Inhalt der

---

[1] Serv. *ad Aen. II. 225* u. *IV. 56*; *Isidor. orig. 15, 4, 9.* Im Uebrigen gehen die Ansichten sehr auseinander (Marquardt III. 150).

[2] Vergl. Georg. I. 345; Serv. *ad Aen.* VI. 229; Quinctil. I. 5.

[3] *Hist. IV. 53*: *„Undecimo calendas Julias serena luce spatium omne quod templo dicabatur evinctum vittis coronisque ingressi milites quis fausta nomina felicibus ramis (nach Macrob. II. 16: ex arboribus diis gratis decerptis), dein virgines Vestales cum pueris puellisque patrimis matrimisque aqua vivis e fontibus amnibusque hausta perluere. Tum Helvidius Priscus praetor praeeunte Plautio Aeliano pontifice lustrata suovetauribus area et super cespitem redditis extis Jovem Junonem Minervam praesidesque imperii deos precatus uti coepta prosperarent sedesque suas pietate hominum inchoatas divina ope attolerent, vittas quis ligatus lapis innexique funes erant, contigit.“*

[4] p. 20.

[5] In enger Beziehung zu den Opfern standen auch die *epulae* u. Spiele. Vgl. Cic. *ad fam.* VII. 7; Plin. ep. IV. 1, VIII. 7; Liv. XL. 52; Vellei. II. 48; Plutarch, *Pomp.* 52; Sueton, *J. Caes.* 88; Dio Cass. I. 43, c. 20.

[6] Vgl. auch Eschenbach, *de unctionibus gentilium*, p. 394; Preller, Röm. Mythol. S. 230; Wagner, l. c. p. 33 sqq.; Gruther, *de iur. pontif.* III. c. 5.; Eichhoff, l. c. p. 16; Krieg, röm. Alterth. 197 f.

Consecrationsworte. Aber gerade hier fühlen wir uns von den Quellen am meisten verlassen. Auch Cicero sieht sich wiederum zum Geständnifs seiner Unkenntnifs veranlafst: *nihil loquor . . . de verbis dedicationis . . , non dissimulo me nescire ea, quae etiam si scirem, dissimularem.*“ [1] Doch darf man sich auch hier des Ciceronianischen Wortes erinnern: „*Effluunt multa ex vestra disciplina quae etiam ad nostras aures saepe permanant.*“ [2] Die *verba consecrationis,* welche hiernach als *sollemnia et prisca* [3] bezeichnet werden, sind „*ad religionem deorum immortalium composita.*“ [4] Bei Festus erscheinen sie als *verba certa,* und unter den überlieferten Consecrationsfällen finden wir stets die Wendung *do, dedico, dabo, dedicabo, dono, donabo* oder eine ähnliche Formel. [5] Der Pontifex sprach dem Magistrat die Dedicationsworte vor *(verba praeire)* [6] Sie mufsten deutlich und ohne Hast und Stottern gesprochen werden. [7] Diese Bestimmung hatte wegen der auf ihre Vernachlässigung gesetzten Ungültigkeit [8] eine solche Wichtigkeit, dafs sich nach einer Mittheilung des Plinius ein Pontifex auf eine Consecratio sogar durch mehrmonatliche Uebung vorbereitete. [9]

Wichtige Aufschlüsse über die juristische Natur der *consecratio-dedicatio* müfste uns insbesondere eine genaue Kenntnifs der bei der *consecratio* üblichen symbolischen Handlungen geben. Wir sind jedoch in unserer Kenntnifs hierbei auf die Tempelweihe beschränkt, und auch hier ist uns nur ein symbolischer Act bekannt, der aber

---

[1] *de dom.* c. 46 § 121: Im c. 54 wird das „*quid dici*“ zu den „*interiora*“ gerechnet.

[2] ib. c. 46 § 121.

[3] ib. c. 47, 48; Valer. Max. V. 10; Liv. II. 8; Senec. *consol. ad Marc.* 13.

[4] ib. c. 47 § 123.

[5] Liv. I. 10: „*Jupiter Feretri, haec tibi victor Romulus rex regia arma fero, templumque iis regionibus, quas modo animo metatus sum, dedico.*“ Liv. X. 23: „*hanc ego aram Pudicitiae plebeiae dedico.*“ Vgl. auch die bei Orelli, besonders in N. 2489 u. 2490 überlieferten *tituli dedicationis.* Von Interesse sind auch die bei Gruter, p. 178 sq., Mazoch, p. 86 sqq. u. Wagner, p. 49 aufgenommenen Widmungen.

[6] Varro *de ling. lat.* VI. 61.; Marquardt a. a. O. S. 261 f.; Eichhoff, p. 18.

[7] *Cic. de dom.* c. 52 § 134 u. c. 54; Liv. 9, 46.

[8] Arnobius 4, 31; Plutarch, Coriol. 25; Liv. 41, 16, 1.

[9] Plin. *hist. nat.* XI. 37; Cic. *de dom.* 55 § 140.

übereinstimmend von allen Schriftstellern, leider wieder ohne detaillirtere Mittheilungen, als wesentlich bezeichnet wird: wir meinen das *postem tenere:* „*Postem teneri in dedicatione oportere videor audisse templi.*“ [1] Dafs nicht blofs der *magistratus,* sondern auch der *pontifex* diese symbolische Handlung vornahm, unterliegt nach dem klaren Ausspruch der Quellen keinem Zweifel, [2] und Eichhoffs Bedenken, [3] als sei der von Seneca und Valerius erwähnte Horatius damals gar nicht *pontifex* gewesen, sind keineswegs überzeugend; [4] vor Allem aber steht dieser Anschauung ein klarer Ausspruch Ciceros gegenüber, [5] der selbst unter der Eichhoff'schen Annahme der Unechtheit der betr. Rede immer noch einen entschiedenen archäologischen Werth hat. Auch Ovid verbürgt die Richtigkeit unserer Anschauung: „*Sancta vocant augusta patres, augusta vocantur templa sacerdotum rite dicata manu.*“ [6]

Eichhoff selbst sieht sich daher wenigstens zu folgendem Zugeständnifs genöthigt: „*Motum enim aliquem sive gestum manus a pontifice verborum nuncupationi adiectum esse per se probabile est.*“ Wie er sich diese Bewegungen und Gebärden aber denkt, davon erfahren wir nichts.

c. Die *consecratio* und *dedicatio.*

§ 32.

Ihre verschiedene juristische Natur.

Man dachte sich bis jetzt ausnahmslos das *praeire* des *pontifex* nur als das Vorlegen resp. Vorsagen eines Formulars. Hiernach würde sich die priesterliche Thätigkeit darauf beschränken, dem

---

[1] Cic. *de dom.* § 121. Vgl. auch § 117—121 u. 134.

[2] Liv. II. 8 *(consul.)*; Valer. Max. V. 10, 1 u. Cicero *de domo* § 119 u. 133 *(pontifex).* Ferner Seneca *(consol. ad Marc. c. 13)* u. Serv. *ad Georg* III. 16. Plutarch, Public. 14.

[3] l. c. p. 21. — [4] Vgl. Marquardt III. 262 [4].

[5] *Ergone pontificem putatis, si is postem tenuerit et aliquid dixerit domum uniuscuiusque consecrare posse?*“ *De dom.* c. 45 § 119; ferner 121, 123. Vgl. auch Gruther, *de iure pontif.* III. 11; Brisson, *de formul.* I. p. 114; Wagner, l. c. 40; Huschke, die Oskischen und Sabellischen Sprachdenkmäler, S. 172; Marquardt III. 262.

[6] Fast. I. 609.

im Sacralrecht weniger erfahrenen Magistrat eine Formel vorzusprechen, um die sonst leichte Anfechtbarkeit der *dedicatio* auf Grund eines Formfehlers zu verhüten.[1] Die Stellung des *pontifex* bei der *consecratio* wäre demnach eine subordinirt-conjunctivische.

Wir wollen nun freilich nicht leugnen, dafs derartige Vorkehrungen zur Sicherung der Legalität eines Actes dem römischen Sacralrecht wohl bekannt sind. So waren die öffentlichen Gebete in Ritualbüchern *(indigitamenta)*[2] genau verzeichnet, und ein Magistrat sprach vor öffentlichen Versammlungen die Formel vor *(praeire carmen)*; ebenso leistete der Soldat den Fahneneid, indem der Feldherr die Worte vorsprach *(praeire sacramentum)*.[3] Wir sind deshalb nicht abgeneigt, auch der Thätigkeit des *pontifex* bei der *consecratio* eine derartige präventive Bedeutung beizulegen. Aber die Annahme, dafs sich hiermit die priesterliche Thätigkeit erschöpfe, halten wir für eine blofse Vermuthung, der wir eine andere, und wie wir glauben, mit den Quellen verträglichere, gegenüberstellen.

Die *consecratio-dedicatio* ist eine religiöse Eigenthumserwerbsart, welche sich am besten mit der *in iure cessio* vergleichen liefse. Während sich aber bei dieser die Eigenthumsübertragung in letzter Linie auf die *addictio praetoris* gründet, haben wir hier einen freiwilligen Uebertragungsact, welcher seine besondere Ausprägung der alten *vindicatio* entlehnt. Dadurch gewinnt sie am meisten

---

[1] So fafst insbesondere Eichhoff das Resultat seiner Untersuchung in folgender Weise zusammen: „*Pontificis enim in aris dedicandis ius et munus fuisse et legem dedicationis scribere et verba solemnia sive formulam dedicationis magistratui praeire,*" p. 18. Und p. 21 leugnet er, dafs dem Oberpriester bei der Consecration „*ullas partes fuisse nisi verba rite concipiendi ac praeeundi.*" Ebenso Marquardt a. a. O. 261 f. u. 172. Dieser beruft sich unrichtiger Weise auf Liv. II. 8; hier wird aber nur erzählt, wie der dedicirende Consul Horatius aus Chikane *inter precationem* unterbrochen wurde und nach Ertheilung seiner Befehle die *precatio* zu Ende führte: „*tenens postem precationem peragit.*"

[2] Vgl. Preller, röm. Mythol.; Mommsen, *Annal. 1848*, p. 428; Marquardt III. 7 u. 172 und den von ihm vorzugsweise benutzten Ambrosch. (Ueber die Religionsbücher der Römer.)

[3] Plin. *nat. hist. 28, 11*: „*videmusque certis precationibus obsecrasse summos magistratus et ne quod verborum praetereatur aut praeposterum dicatur, de scripto praeire aliquem, rursusque alium custodem dari qui adtendat.*" Die Priester selbst nahmen vielfach das Concept zur Hand: Apuleius, *Met. 11, 17. Acta fratr. Arval. anni 218* (bei Marquardt III. 172[5]).

Aehnlichkeit mit der *mancipatio,* mit welcher sie Mommsen[1] auch in Parallele setzt, und die ja zur Begründung der verschiedenartigsten Rechtsverhältnisse verwandt wurde. Nach der ursprünglichsten Form der *rei vindicatio* wurde bekanntlich von beiden Parteien das Eigenthum in der Form angesprochen, dafs sie die Hand auf die streitige Sache legten und dieselbe mit einem Stab *(vindicta)* berührten. Dieser Act wiederholt sich in dem doppelseitigen *postem tenere.* Freilich hat diese Thätigkeit bei dem Magistrat und dem Oberpriester einen verschiedenen Sinn, während bei der *rei vindicatio* auf jeder Seite dasselbe, d. h. die Eigenthumsbeanspruchung, ausgedrückt werden soll. Aber auch der *assertor libertatis* legte bei der *manumissio servi* die *vindicta* auf das Haupt des Sklaven, nicht um sein Eigenthum, sondern um dessen Freiheit zu behaupten. Somit steht nichts im Weg, in dem *postem tenere* des *magistratus* die Freiheitserklärung, in derjenigen des *pontifex* eine *apprehensio* zu erblicken. In derselben Form wurde bei den Römern ein Recht existent und vernichtet, empfangen und vergeben. Der Magistratus ist der Vertreter der Volkssouveränetät, „der Vormund der unmittelbaren Willensausdrucks nicht fähigen Gemeinde,[2] er entläfst die Sache aus dem profanen Eigenthumsverband, in dem sie gestanden hat, und der *pontifex,* als Vertreter der Gottheit,[3] nimmt sie unter ernst-religiösen Formen als ein den irdischen Zwecken entzogenes göttliches Eigenthum in Besitz. Dafs wir mit dieser Auffassung der *consecratio-dedicatio* den richtigen Weg betreten haben, dürfte schon aus Cicero erhellen, der die Berührung nur an den Thürpfosten für zulässig hält: „*ubi templi aditus est (valvae). Ambulationis postes nemo unquam tenuit in dedicando.*“[4] Denn nur, wenn es sich hier um eine *traditio* und *apprehensio symbolica* handelt, hat die von Cicero angeregte Frage des *postis* einen vernünftigen Sinn. Dieses *postem tenere* dürfen wir

---

[1] Staatsr. II. 58. — [2] Mommsen, Staatsrecht II. 21.

[3] Warum Uhrig hier auf einmal den *Augur* einspielt (d. Kirchengut, S. 17 u. 393), ist nicht recht ersichtlich. Der *pontifex maximus* ist gleichsam der Vormund der Gemeindegötter, der in ihrem Namen die erforderlichen Willensacte vollzieht. Mommsen II. 21 f. Er hat die Vertretung des Rechtes der Götter. Marquardt III. 238. Der Erwerb durch die Gottheit vollzieht sich mittels priesterlicher *consecratio.* Mommsen II. 58; Marquardt III. 260 ff.

[4] *de dom.* c. 46 § 121.

uns nicht als einen blofs rituellen Act vorstellen. Dieser liegt allerdings vor beim *aram tenere,*[1] und da auch bei der *consecratio-dedicatio* immer ein Altar vorhanden war, stand nichts im Wege, beim Gebet die alte rituelle Form getreu zu beobachten. Das *postem tenere* blieb aber auch später, als Servius das *aram tenere* bereits als einen Ritus der Vergangenheit erwähnt. Es rückt ferner bei der *consecratio* unter den Gesichtspunkt einer besonderen doppelseitigen Nothwendigkeit, die sich nicht durch die Annahme eines unverständlichen einseitigen Praeventivactes erklären würde. Dafs es sich in der *dedicatio* nicht um eine blofse religiöse Ceremonie, sondern um einen rechtlichen Act handelt, sieht man auch an der streng civilrechtlichen Form: *Nec te moveat, quod lex dedicationis nulla reperitur, quum solum peregrinae civitatis non sit dedicationis quae fit nostro iure.*[2] In dieser symbolischen Handlung sowie in den Dedicationsworten liegt der Schlüssel zur Lösung, nicht in den auch bei andern Cultushandlungen üblichen religiösen Ceremonien. Weil daher Mazoch,[3] wie er selbst gesteht, das Verständnifs füs das erstere nicht gewann, blieb ihm vor Allen die Wahrheit verschlossen. Bei dieser Auffassung erklärt sich auch die stete Nothwendigkeit der *auctoritas publica.* Sie war nicht etwa, wie Marquardt[4] meint, nur bei der „Uebertragung eines Eigenthums der Gemeinde" oder, wie Gierke[5] anzunehmen scheint, blofs bei der „Dedication von Staatsgut" gebräuchlich, sondern schlechthin erforderlich. Der Rechtsgrund für ihre Nothwendigkeit liegt nicht im *titulus dominii,* ist überhaupt nicht privatrechtlicher Art. Auch das Heranziehen der vieldeutigen *salus publica* schafft keine genügende Rechtsgrundlage, mag diese nun in der allgemeinen Wagner-

---

[1] Vergl. *Aen.* 4, 219. Dazu Servius: *„Necesse enim erat, aras a sacrificantibus teneri, quod si non fieret, diis sacrificatio grata non esset."* Ovid, *amor.* 1, 4, 27; Varro bei *Macrob. saturn.* 3, 2, 8. Darüber Marquardt III. 174.

[2] Traian ad Plin. ep. X. 58.

[3] p. 97: *„Jam quemadmodum in templo dedicando pontifex templi postem teneret, quaeve sollemnia verba praeiret quae subinde is qui dedicationi praeesset, pronuntiaret . . . nihil causae esse video quamobrem actum."*

[4] III. 259. Gegen ihn auch Mommsen, Staatsrecht II. 60; doch giebt er selbst keinen Rechtsgrund an.

[5] Genossenschaftsrecht III. 64[98].

schen Formulirung auftreten,[1] oder sich nach Uhrig'scher Auffassung als eine *„causae cognitio"* oder Prüfung des „Heilsamen und Erspriefslichen, des Rechtlichen und Gott Wohlgefälligen"[2] entpuppen. Wir werden sehen, dafs die Consecration nicht blofs die der Sache anhaftenden Rechtsverhältnisse aufhebt, sondern auch die Bildung neuer unmöglich macht. Bei dieser Sachlage war die Zustimmung des Volkes zur *consecratio* eine staatsrechtliche und nationalökonomische Nothwendigkeit.

Einen classischen Zeugen für die Richtigkeit unserer oben gegebenen Auffassung erblicken wir ferner in Servius, welcher ad Verg. Georg. III. 16 bemerkt: *„(Magistratus) verbo usus est pontificali, nam qui templum dicabat, postem tenens dare se dicebat numini, quod ab illo necesse fuerat iam teneri et ab humano iure iam discedere."* Hiernach sprach der dedicirende Magistrat die vom Pontifex verfafsten Widmungworte *(verbo usus est pontificali)* an die Gottheit *(numen)*, unter Berührung des *postis*, der hinwiederum als Symbol des *templum* (daher nicht *quem*, sondern *quod*) vom *pontifex (ab illo)* zum Zeichen der göttlichen Eigenthumsergreifung bereits hatte angefafst werden müssen, wodurch die Sache dem *ius humanum* völlig entzogen und eine *res divini iuris* wurde.

Daraus ergiebt sich auch das gegenseitige Verhältnifs der beiden dedicirenden Personen. Die herrschende Ansicht betrachtet die Stellung des Oberpriesters als eine subordinirt- conjunctivische; wir halten sie aber für eine coordinirt-conjunctivische, d. h. jeder kann nur in zeitlicher und räumlicher Verbindung mit dem andern das Rechtsverhältnifs ins Leben rufen, und zwar so, dafs jeder in nothwendiger Weise die Existenz der Rechtsfolgen mit vorbereitet. Die *consecratio* ist ferner ein *negotium bilaterale inaequale.* Nur insofern können wir die Thätigkeit des *magistratus* als die principale bezeichnen,

---

[1] p. 27: *„Ubi de publica salute, de re communi vota fierent, iniussu populi voveri non potuit, sed rogandus fuit."*

[2] Das Kirchengut, S. 59: „Diese (Genehmigung der Obrigkeit) darf nicht erfolgen, bevor „genaue Prüfung des Vorhabens *(causae cognitio)* gepflogen und das Heilsame und Erspriefsliche, das Rechtliche und Gott Wohlgefällige des Gelübdes erkannt ist. Von diesem Gesichtspunkt aus war es daher schon in antiker Zeit Grundsatz, dafs ein öffentlicher Tempel nur mit Gutheifsung und Genehmigung der höchsten Gewalt ins Leben treten könne."

als die Handlung des Tradenten gegenüber derjenigen des Empfängers in der rechtlichen Werthschätzung naturgemäfs in den Vordergrund zu treten pflegt. Daher zieht nicht der Oberpriester den Magistrat zur *consecratio* hinzu, sondern umgekehrt wird jener von diesem aufgefordert. Ein Beispiel dieser obrigkeitlichen Aufforderung findet sich bei Cicero, *de dom.* c. 52 § 133: *„Ades, ades, Lucule, Servili, dum dedico domum Ciceronis, ut mihi praeeatis postemque teneatis."* — Marquardt irrt aber, wenn er bei der *consecratio* die *pontifices* nur als „technische Berather und Assistenten von den Magistraten" kennt,[1] und sie blofs zum „Gutachten" sowie zur Function „als Sachverständige" zuläfst.[2] Hiermit steht die Stellung, die er dem *pontifex* in der Definition der *consecratio* anweist,[3] im grellsten Widerspruch. Wagner läfst merkwürdiger Weise sogar die Stellung des *pontifex* praevaliren und beruft sich dabei auf *Cic. de dom. c. 41: „equidem sic accepi pontifices in religionibus suscipiendis caput esse."* Er hätte jedoch den Satz bis zu Ende citiren sollen: *„interpretari quae voluntas deorum immortalium esse videatur."*

Man hat, wie wir bereits andeuteten, bis jetzt ausnahmslos in dem *praeire* des Oberpriesters eine blofs formsichernde, nicht eine rechtserzeugende Thätigkeit erblickt. Dieser Vermuthung möchten wir nicht beitreten. Es steht nämlich nichts im Wege, in der *praeitio pontificis* den Rest einer Stipulationsform zu erblicken. Das *„quid dici, quid praeiri"*[4] war selbst Cicero verschlossen, kann also von uns erst recht nur auf dem Weg der Vermuthung erreicht werden. Wir können uns den Vorgang sehr gut in folgender Weise denken: Der Pontifex als Vertreter der Gottheit, des empfangenden Theils, fragt den Magistrat, den Repräsentanten der Volkssouveränetät: *dabis, dedicabis hanc aedem, Deo . . . .?* Darauf spricht der Magistrat in einer dieser Frage im Wesentlichen congruenten Antwort die Entlassung aus dem menschlichen Eigenthumsverband und die Uebertragung an die Gottheit aus. Ueberflüssiges in der Antwort war gestattet, und die Congruenz erstreckte sich bei der Stipulation auf das Essentielle. Die damit verbundene *traditio* und *apprehensio symbolica,* nämlich das doppelseitige *postem tenere,* bewirkte dann die Eigenthumsübertragung;[5] hier-

---

[1] III. 259 vergl. auch 247. — [2] III. 212. — [3] III. 259.

[4] Cic. *de dom.* c. 54.

[5] Wir halten es für eine falsche Auffassung, wenn Gierke (III. 64) die in der

durch verwirklicht sich vollauf das quellenmäfsige *praeire verba magistratus,* wie auch die in der Literatur betonte Sicherung des Rechtsvorgangs. Dafs sich aber der Wortlaut nicht bis aufs kleinste zu decken brauchte, was doch nach der herrschenden Ansicht als nöthig erscheint,[1] geht aus Cic. *de domo* c. 47 § 123 hervor: „*An si postem tenuerit pontifex et verba ad religionem deorum immortalium composita ad perniciem civium transtulerit, valebit in iniuria nomen sanctissimum religionis: si tribunus plebis verbis non minus priscis et aeque solemnibus bona cuiuspiam consecravit, non valebit?* Das *praeire* im rituellen Gebet dagegen können wir uns sehr gut im Sinne der *communis opinio* denken.

Wenn wir nunmehr zum Schlufs kommen, so ist vor Allem festzuhalten, dafs die *consecratio* und die *dedicatio* zur Bezeichnung desselben Rechtsactes dienen: daher die quellenmäfsige Ungeschiedenheit dieser Begriffe.[2] Aber auf die specifisch juristische Nüancirung hin geprüft, bedeutet *dedicatio* nur eine besondere, allerdings auch die rechtlich werthvollste Seite dieses ganzen Rechtsvorgangs oder der *consecratio.* Die *dedicatio* bezeichnet nämlich den Act der Uebergabe; daher lehnt sie sich am öftesten an den Namen des *magistratus* an, und wo sie, was allerdings sehr selten vorkommt, mit dem Namen des *Pontifex* verbunden erscheint, da bedeutet sie nur die Passivseite des Widmungsactes, wodurch sie wiederum dem *consecratum* sehr ähnlich sieht, in welchem uns der auf die *traditio* und *apprehensio* erfolgende Rechtsbestand entgegentritt. Die *consecratio* steht also keineswegs, wie Marquardt annimmt, zur *dedicatio* — etwa nach Art der *emtio* und

---

dedicatio erfolgende Eigenthumsübertragung als eine durch die Rechtssubjectivität der Götter begründete eigenthümliche Geschäftsform hält, wie sie dem Rechtsverkehr des Staates wie der Einzelnen fremd ist. Die Eigenthumsübertragung vollzieht sich hier nicht durch ein ausnahmsweise dinglich wirkendes Rechtsgeschäft, sondern durch die *traditio symbolica.*

[1] Vgl. Wagner, p. 48: *Ubi dedicationis mentionem reperimus, et ibi ritum in ea adhiberi solitum spectamus, ibi et conceptorum mentio verborum et haec tanquam necessaria vel omittere vel mutare non licuit.*"

[2] Vgl. insbesondere Cic. *de dom.* § 119, 121, 127, 128; Ernesti, *Clav. Not. Cic. sub v. consecratio p. 364 ed.* Schütz; Marquardt III. 262, N. 4—7; Eichhoff, 18.

venditio — im Verhältnifs einer doppelseitigen Bethätigung. Der Inaequalcharakter ist zu stark entwickelt, als dafs hier die Empfangshandlung, welche ein vernünftiger Sinn schon aus sich mit dem Uebertragungsact verknüpft, noch eine besondere juristische Ausprägung hätte finden sollen; in dieser Richtung hat die römische *dedicatio* die meiste Aehnlichkeit mit der *donatio* resp. *traditio*, wo die Empfangsbethätigung ebenfalls terminologisch zurücktritt. Wenn aber in der Sacrallehre neben der *dedicatio* noch eine *consecratio* erscheint, so hat dies seinen Grund darin, dafs man aus der gesammten Doppelthätigkeit (d. h. der Uebergabe: *dedicatio* und der Uebernahme, welch letztere als das logische Correlat der ersteren nicht noch besonders zu bezeichnen war) das rechtliche Facit ziehen wollte. Dies lag um so näher, weil durch die *publica dedicatio* nicht blofs eine Eigenthumsverschiebung, sondern insbesondere auch eine Aenderung der Sachenqualität bewirkt wurde. Vor Allem liegen also auch nicht, wie Wagner und Uhrig wollen, die *dedicatio* und *consecratio* zeitlich auseinander. Ferner erweist sich von hier aus insbesondere die Mazoch-Eichhoff'sche Lehre als irrig, dafs es eine *consecratio* ohne *dedicatio* gebe, desgleichen diejenige des *Lexikon Aegidii Forcelini,* dafs die *dedicatio* eine *consecratio* und nicht die *consecratio* eine *dedicatio* voraussetze. *Consecratio* und *dedicatio* sind auch nicht, wie der Grammatiker Fronto annimmt, begrifflich dasselbe, es verhält sich vielmehr die erstere zu der letzteren, wie das Ganze zu seinem wichtigsten Theil.

§ 33.

Definition.

Res sacrae im juristischen Sinn [1] sind nach klassisch-römischem Recht die zum öffentlichen Cultus einer vom römischen Volk verehrten Gottheit bestimmten Sachen, welche durch einen Vertreter des Staates mit ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung des Volkes unter feierlichen Formen aus dem menschlichen Eigenthumsverbande entlassen, vom *pontifex*, dem Vertreter der Gottheit, als göttliches Eigenthum in Besitz genommen werden, dadurch

[6] Ueber die *res sacrae* im nichtjuristischen Sinn vgl. S. 172 ff.

eine Steigerung ihrer sittlichen Qualität *(religio)* erfahren und den erhöhten straf- und civilrechtlichen Schutz des *sanctum* geniefsen.

Wenn wir an dieser Stelle noch einmal einen Blick auf das gegenseitige Verhältnifs des *sanctum, religiosum* und *sacrum* werfen, so theilen diese zunächst die religiöse Grundlage. Doch scheidet das *sanctum* hier bereits aus, indem bei ihm die Beziehung zur Gottheit ebenso unwesentlich, als bei den beiden andern nothwendig ist. Diese begrifflich geforderte Beziehung der Sache zur Gottheit ist bei dem *religiosum* eine durch den Todten vermittelte, und diese Vermittlung wird hergestellt durch die blofse thatsächliche Aeufserung des Privatwillens. Die Beziehung der *res sacra* zur Gottheit ist aber eine unmittelbare, und sie wird existent durch einen auf dem Volkswillen beruhenden feierlichen Rechtsact. Der thatsächlichen Natur des *religiosum* entsprechend, geht dessen Charakter durch das einfache *factum contrarium* (die *translatio* oder *eiectio* der *ossa*) verloren, wie das mehr förmliche *sacrum* durch einen *actus contrarius,* die *profanatio* oder *evocatio deorum* seine rechtliche Natur verliert,[1] ganz in derselben Weise, wie die *inauguratio* durch die *exauguratio* entkräftet wird. Völlige Uebereinstimmung herrscht dagegen zwischen dem *religiosum* und dem *sacrum* bezüglich der streng civilrechtlichen Natur.[2] Zwar

---

[1] Einen Fall erzählt Liv. 31, 44, wo ein Volksbeschlufs erwirkt wurde *(plebesque scivit), „ut Philippi statuae, imagines ... sacra ... quae ipsius maiorumve eius honoris causa instituta essent, omnia profanarentur."* Von einer besonderen Exauguration wird berichtet bei Liv. 1, 55, 2; Serv. *Aen.* 1, 446; Festus *v. nequitum* p. 162. Wir stimmen jedoch Mommsen (Staatsr. II. 59, N. 2) bei, dafs eine förmliche *exauguratio* blofs bei Immobilien stattgefunden haben wird; dafs sie bei den gottesdienstlichen Geräthschaften nicht nöthig war, bezeugt Tib. Grachus (bei Plutarch 15): „ἱερὸν δὲ καὶ ἄσυλον οὐδὲν οὕτως ἐστὶν ὡς τὰ τῶν θεῶν ἀναθήματα· χρῆσθαι δὲ τούτοις καὶ κινεῖν καὶ μεταφέρειν, ὡς βούλεται, τὸν δῆμον οὐδὲν κεκώλυκεν." Vergl. auch die Tempelordnung des Vicus Furfo v. J. 696 der St. (C. I. L. I. 603): *„Sei quod ad eam aedem donum datum donatum dedicatumque erit, ut ei liceat oeti venumdare. Ubei venum datum erit, id profanum esto. Venditio locatio aedilis esto, — alis ne potesto. Quae pecunia recepta erit, ea pecunia emere conducere locare, dare, quo id templum melius honestiusque seit, liceto. Quae pequnia ad eas res data erit, profana esto."*

[2] *„Nec te moveat, quod lex dedicationis nulla reperitur, quum solum pere-*

galt auch hier das *ius liminii,*[1] aber es war die *expiatio* nöthig.[2] Um aber für die Provinzen diese augenscheinliche Härte auszugleichen und anderseits in religiöser Feinsinnigkeit auch den dortigen Göttern zu ihrem Recht zu verhelfen, bildete sich eine gewohnheitsrechtliche Connivenz, die Gaius mit den Worten kennzeichnet: *„Quod in provinciis non ex auctoritate populi Romani consecratum est, proprie sacrum non est, attamen pro sacro habetur.“*[3]

Sämmtliche drei Sacralbegriffe treffen sich schliefslich wieder auf der gemeinsamen Basis eines verstärkten Schutzes. Dieser steigert sich beim *sacrum* und *religiosum* nach seiner civilrechtlichen Hinsicht in dieser Periode sogar bis zur totalen Extracommercialität.[4] Jede menschliche Berechtigung, jeder Anspruch, welcher Art er immer auch sein mochte, insbesondere sämmtliche Erwerbsarten und obligatorische Verträge, waren beim *sacrum* ausgeschlossen.

II. Das Justinianeische Recht.

§ 34.

Abhängigkeit von der heidnischen Formulirung.

Constantin hatte die christliche Religion zur Staatsreligion erhoben, und man sollte meinen, dafs damit der heidnische Begriff der *consecratio* keine Stelle mehr hätte finden können. Die durch Staatsact erfolgende Begründung einer religiösen Qualität mufste mit dem Augenblick zur Unmöglichkeit werden, wo der Cultus nicht mehr einen Theil des Staatsrechts bildete, sondern der freien Selbstbestimmung der Kirche unterstand.

---

grinae civitatis non sit dedicationis, quae fit nostro iure.“ Traian ad Plin. ep. X. 58. in Verbindung mit S. 169 unserer Darstellung.

[1] Vgl. die S. 169[8] citirte l. 36 D. 11, 7.

[2] Liv. V. 50, 2: *„Senatus consultum facit, fana omnia, quod ea hostis possedisset, restituerentur, terminarentur, expiarentur.“*

[3] II. § 7. Gaius selbst stellt in dieser Beziehung das *sacrum* u. *religiosum* in dieselbe Gesichtsweite.

[4] Wappäus a. a. O. 6 ff.; Berchtold, Kritische Vierteljahrschrift XIII. 121 ff.

Die sachgemäfse Auseinandersetzung zwischen staatlicher und kirchlicher Machtsphäre, die heute noch nicht gelingen will, war aber damals ebensowenig als Bedürfnifs gefühlt als theoretisch versucht. In der Wirklichkeit zeigte sich vielmehr die Vergangenheit — und wir glauben zum Heil der jungen Kirche — in der Weise bestimmend, dafs der Kaiser eine hervorragende hierarchische Thätigkeit, wie insbesondere in der Berufung von Concilien und durch seine Betheiligung bei Lösung dogmatischer Streitigkeiten, unbeanstandet entfaltete, ohne jedoch einen theoretischen Ausspruch über die Zulässigkeit einer solchen Machtfülle für die Zukunft zu thun oder zu veranlassen. Christliche Kaiser führten noch den Titel eines *pontifex maximus,* dem erst Gratian 382 entsagte.[1]

Auch in unserer Frage merkt man noch deutlich den Wellenschlag der heidnischen Anschauungen. Die wichtigsten Stellen über die alte *consecratio,* Aussprüche der heidnischen Rechtslehrer Marcian und Ulpian, fanden wir ja gerade in den Digesten. Aber auch da, wo nicht so sehr in historischer Treue und Gewissenhaftigkeit das juristische Alterthum reproducirt wird, als vielmehr dem damaligen Rechtszustand entsprechende brauchbare Rechtssätze gegeben wurden, in den Institutionen, schlagen wieder die altbekannten Klänge an unser Ohr: „*Sacra sunt, quae rite et per pontifices Deo consecrata sunt, veluti aedes sacrae et dona, quae rite ad ministerium Dei dedicata sunt,*[2] *quae etiam per nostram constitutionem alienari et obligari prohibuimus, excepta causa redemtionis captivorum. Si quis vero auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum.*[3] Nichts aber kann deutlicher die Justinianeische Uebereinstimmung mit der alten civilrechtlichen Formel erweisen als l. 36 D. 11, 7: „*Cum loca capta sunt ab hostibus, omnia desinunt religiosa vel sacra esse.*“ Man darf sich daher nicht wundern, wenn Wappäus in folgender Weise die herrschende Ansicht zum Ausdruck bringt: „Was zunächst das Verhältnifs der Justinianeischen Gesetzgebung zum ältern römischen Recht betrifft,

---

[1] Marquardt III. 237.

[2] l. 21 C. 1, 2: „*quae ad divinam religionem necessaria sunt.*“

[3] § 8 J. 2, 1.

so hat Justinian die von den *res sacrae* und *religiosae* geltenden Grundsätze einfach bestätigt.[1]"

So sehr wir aber einerseits für unsere Frage die formale Abhängigkeit Justinians vom heidnischen Alterthum anerkennen, ebenso bestimmt müssen wir uns auf der anderen Seite gegen eine Identificirung der alten und neuen Ideen erklären. Es ist nicht blofs, „um doch äufserlich wenigstens der veränderten Zeit Rechnung zu tragen, *Diis* in *Deo* verwandelt,"[2] sondern auch mit der *„consecratio publica auctoritate"* insbesondere hat es nunmehr eine ganz andere Bedeutung.

§ 35.

Gegensatz zur heidnischen Anschauung.

Dafs die Christen in den ersten drei Jahrhunderten gottesdienstliche Orte zur Feier der Mysterien hatten, ist herrschende Ansicht. Eusebius,[3] Arnobius[4] und Tertullian[5] berichten von kaiserlichen Edicten, welche befehlen, die christlichen Gotteshäuser dem Erdboden gleich zu machen. Anderntheils wies sogar Alexander Severus den Christen einmal einen Ort, der früher von dem *Collegium Popinariorum* besessen wurde, an, *„ut ibi Deus coleretur."*[6] Eusebius[7] und Optatus[8] bezeugen, dafs die Christen beim Beginn der Diokletianischen Verfolgung allein in der Stadt Rom 40 Tempel besafsen. Lactantius nennt sie sogar *„editissima"*.[9] Diese Gotteshäuser waren zur Zeit der Ruhe errichtet worden,[10] und selbst dem kaiserlichen Palaste zu Nicomedia gegen-

---

[1] Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen, S. 50. Ferner Uhrig, Tübinger Theol. Q.-S. 1878, S. 392; Slevogt, das Recht der Altäre etc. S. 210, und Glück, Comm. II. § 164, Anm. 78: „Hierdurch bestätigt er also offenbar den Begriff der Alten."

[2] Wappäus, 50.

[3] *Hist. eccl. VIII. c. 2.*

[4] *adv. gent. lib. IV. 1.*

[5] *Apolog. c. 10.*

[6] *Lamprid. in vita Alex. Sever. inter Scriptor. Histor. Aug. 48.*

[7] *Histor. eccl. VIII. c. 2.*

[8] *de schismat. Donat. II. c. 4.*

[9] *de mort. persecut. c. 13.*

[10] Eusebius, *hist. eccl. VIII. c. 1.*

über war eine die benachbarten Häuser überragende, grofsartige Basilica erbaut worden.[1] Dafs sich diese aber nach ihrer innersten Bedeutung von den römischen Tempeln unterschieden, ersieht man schon daraus, dafs die Heiden den Christen vorwarfen, dafs sie keine *simulacra, arae, altaria, aedes, delubra, fana* und *templa* besäfsen,[2] und dafs die Christen dies zugestanden.[3] Wie hätten die Christen auch die staatliche Zustimmung und Hülfe der magistratischen und pontificalischen Behörden zur Widmung ihrer Gotteshäuser und sonstigen Cultgegenstände anrufen können, ohne gegen die politische Klugheit und ihr Gewissen gröblich zu verstofsen!

Dafs wir bereits für die älteren Zeiten eine christliche *consecratio* anzusetzen haben, darf wohl als sicher angenommen werden.[4] So haben wir jedenfalls eine Zeit lang eine heidnische und christliche *consecratio* nebeneinander, erstere bei den heidnischen, letztere bei den christlichen *res sacrae.* Nach dem Uebertritt Constantins zum Christenthum wurden die heidnischen Tempel dem christlichen Gottesdienst eingeräumt und neu geweiht,[5] was Gregor auch den Engländern in einem Hirtenschreiben empfiehlt.[6] Solche umgewandelte Kirchen sind z. B. in Rom *St. Maria ad martyres, St. Maria del Sole, St. Urbano.*

Diese auch der Justinianeischen Gesetzgebung bekannte *consecratio* kennt vor Allem — das geht aus der angezogenen Institutionenstelle in gleicher Weise wie aus den Pandekten hervor — keine

---

[1] Lactantius, *de morte persecut. X. XI. XII.*

[2] Arnobius, *adv. gent. VI. 1;* Origines, *contra* Celsum, *7, 8.*

[3] Orig. l. c. u. Act. 7, 48; 17, 24.

[4] Vgl. Selvaggio, *Antiquit. eccles. lib. II., p. 1 c. 5.* Phillips, Lehrb. 3. Aufl. 484 und Müller, Ueber das Privateigenthum an kath. Kirchengebäuden, 17 f. und de Angelis, *Praelectiones iur. can. II., p. II. 273.*

[5] Procopius, *de bello persico I. 17;* Eusebius, *vita Const. IV. 43 u. 17. Hist. eccl. X. c. 3.* Socrates, *Hist. eccl. lib. II. c. 7.* Athanasius hält es sogar für nöthig, sich in einem Brief an Constantius gegen den Vorwurf zu vertheidigen, als habe er in der Kirche zu Alexandria das heilige Opfer gefeiert, bevor sie geweiht worden sei. *Apolog. I. ad Const. tom. I. p. 682 sqq. (edit. Par. 1627).* Ueber den angewandten Consecrationsritus vergl. Eusebius, *hist. eccl. X. c. 3* u. *vita Const. IV. 45.* Gaudentius, *serm. XVII. (biblioth. max. Patr. tom. V. p. 968 f. Lugd. 1677)* und Ambrosius, *serm. 89 (edit. Bas. 1538 p. 389)* u. *exhoratatio ad virg., in fine.*

[6] ep. IX. 71.

magistratische Mitwirkung; sie ist vielmehr ausschliefslich Sache der „*pontifices*“, unter welchen wir selbstverständlich hier die Bischöfe zu verstehen haben. Die bischöfliche Thätigkeit ist aber auch in der staatskirchlichen Auffassung Justinians von specifisch kirchlicher Art, und die Consecrationsgewalt beruht ebensowenig auf staatlichem Auftrag, wie rituelle Festsetzungen noch als staatliche Aufgabe erscheinen. Die angezogene Institutionenstelle ist ein Blankettgesetz. Wie heute der Canonist in seinen juristischen Constructionen die dogmatischen und liturgischen Begriffe einfach acceptirt und sie dem juristischen Aufbau zu Grunde legt, so nahm auch der staatliche Gesetzgeber den dogmatisch-liturgischen Begriff der *res sacra* einfach herüber und bestimmte: *sacra sunt quae rite Deo consecrata sunt.* Dieses *rite consecratum* erscheint dann als „*rite ad ministerium Dei dedicata.*“ Wir sehen: von einer Eigenthumsverschiebung ist keine Rede mehr, vielmehr liegt eine einfache Zwecksetzung vor. Daher hören wir auch nichts mehr von einem *postem tenere* oder einer anderen auf Eigenthumsübertragung hinzielenden symbolischen Handlung, vielmehr kennen die Novellen nur Gebet und religiös-ceremonielle Acte.

Vor Allem aber ist darauf hinzuweisen, dafs die Vornahme der *consecratio* nicht mehr als Ausflufs der Volkssouveränetät *(ex auctoritate populi)* erscheint. Die angezogene Institutionenstelle *(si quis vero auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum)* spricht keineswegs gegen uns. Denn hier wird die *sua auctoritas* nicht wie im altrömischen Recht der „*auctoritas populi Romani*“, sondern der *consecratio* „*per pontifices*“ gegenübergestellt. Es liegt hier kein Gegensatz der allgemeinen Rechtsvoraussetzung — ob Zustimmung des Volkes oder nicht — vor, sondern nur ein Gegensatz des thatsächlichen Vollzuges: Es mufs nämlich die Weihe durch eine öffentlich-rechtliche Persönlichkeit und in liturgischer Weise erfolgen, und jede andere Widmung schliefst der Begriff der *res sacra* aus.[1] Der

---

[1] Das will auch Suarez, *de simonia IV. c. 14, Nr. 1* sagen mit den Worten: „*Benedictio si privatim fiat, non est sacramentale quid, sed quando fit ex publica auctoritate et institutione ecclesiae.*“ So erklärt sich auch l. 6 § 3 D. 1, 8: „*Sacrae autem res sunt hae, quae publice consecratae sunt, non private,*“ ferner l. 9 D. eod.

Consecrant ist aber nicht magistratischer oder gemischter (magistratisch-sacerdotalischer), sondern ausschliefslich kirchlicher Natur. Die Consecrationsgewalt erscheint als Ausflufs des *ordo episcopalis* und ist ohne diesen nicht denkbar. Immerhin aber ist es ein Zeichen von Abhängigkeit, dafs der „*pontifex*“ der alten Formulirungen hier noch einmal auftritt, während doch in den Novellen und im Codex mit Vorliebe die Bezeichnung *episcopus* gewählt ist. Der *pontifex* im Sinne der Institutionen ist ohne Zweifel ein anderer als derjenige der heidnischen Schriftsteller. Merkwürdiger Weise aber macht bis zur Stunde die wissenschaftliche Doctrin hierin keinen Unterschied, citirt zur Charakterisirung der römischen Rechtsanschauungen beide nebeneinander, und räumt für die spätere Zeit den aus Formelabhängigkeit in die Digesten aufgenommenen Aussprüchen der heidnischen Juristen neben Justinians eigenen Schöpfungen dieselbe Bedeutung ein.

Die alte *inauguratio* ist selbstverständlich mit der *consecratio* verschwunden, und an ihre Stelle tritt ein ausschliefslich kirchlicher und zwar wiederum bischöflicher Act. Wir führen ein Beispiel aus der Justinianeischen Gesetzgebung um so lieber an, als uns dieses zugleich die Richtung weist, in der sich auch die *consecratio aedificii* bewegt haben mag: „*Illud itaque ante omnia fieri sancimus, ut nemini* „*liceat, neque monasterium, neque ecclesiam, neque oratorium incipere aedi*-„*ficare, antequam dei amantissimus illius civitatis episcopus adsit, et* „*preces in loco fundat et publice ibi procedens crucem figat, omnibusque* „*rem notam faciat.*“ [1] In der Nov. 5 (c. 1) finden wir diese *inauguratio fundi* wirklich als Consecration bezeichnet: „*Illud igitur ante* „*omnia dicendum est, ut quocunque tempore et quocunque nostri imperii* „*loco quis venerabile monasterium aedificare voluerit, non prius ei id facere* „*liceat, quam dei amantissimum illius loci episcopum advocaverit, atque* „*hic manibus ad coelum extensis precatione locum deo consecret, figens* „*in eo salutis nostrae signum (adorandam autem et vere honorandam* „*crucem dicimus) atque ita pulchro hoc et decente iacto fundamento aedi*-„*ficium inchoet.*“

---

[1] c. 1 Nov. 67. Aehnlich c. 7 Nov. 131: „*Si quis autem venerabile oratorium vel monasterium aedificare voluerit, non aliter aedificationem incipiat, quam si sanctissimus locorum episcopus preces ibi fuderit et venerabilem crucem fixerit.*“

Der durchaus christlichen Anschauung der Institutionen und Novellen von der *auctoritas episcopalis*, als der Rechtsgrundlage der *res sacrae*, steht die *dedicatio principis*[1] der Pandekten scharf gegenüber. Wenn wir diese nicht unter dem Gesichtspunkt einer Eigenthumsauflassung resp. Zustimmung des Interessenten auffassen, wozu in dem Umstand, dafs hier nur vom *locus publicus* die Rede ist, vielleicht genügende Veranlassung vorliegt, so stehen wir vor einem Widerspruch der Justinianeischen Gesetzgebung. Und hier sind denn schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die zeitlich späteren Novellen und die Institutionen gegenüber den Pandekten, welch letztere bei der Abfassung dieser nach Ausweis des Institutionenprooemiums bereits vorlagen, von bestimmender Bedeutung. Doch legen wir hierauf keinen Werth, weil wir bei Justinian eine so tiefgreifende Verschiedenheit der Meinung, wonach der späteren christlichen Auffassung noch eine bewufste heidnische vorausgegangen wäre, unmöglich annehmen können. Wir glauben die heidnischen Anklänge vielmehr nur durch die übertriebene Abhängigkeit der Justinianeischen Gesetzgebung von den alten Formulirungen und schulmäfsigen Definitionen erklären zu sollen, denen auch in der neuen Ideenwelt pietätsvoll ihr Heimathsrecht gewahrt blieb. Sie sind das alte Kleid, das die neugebildeten Anschauungen nach Aufsen noch klüglich verhüllt. Wie im Thierreich die Wesensverwandlung noch in der alten Schale erfolgt, die erst später und dann mit einem Schlag vom neugearteten Körper fällt, so vollzieht sich auch in der ersten christlichen Gesetzgebung der Umschwung der Ideen noch ganz in heidnischen Formen. Gierke sagt daher in der ihm eigenen geistreichen Weise: „Das Alterthum verharrte, „auch nachdem es christlich geworden war, auf dem eigentlichen „Rechtsgebiet im Rahmen der überkommenen Formen und im Banne „der hergebrachten Begriffe. Freilich mufste, soweit die vom „Christenthum neu geschaffenen Institutionen in die äufsere Rechts- „welt eintraten, ihnen eine Stätte bereitet werden. Allein dies ge- „schah fast durchweg in mechanischem Anschlufs an das zum „Schema verknöcherte System der alten Gedanken. Die schöpfe-

---

[1] Ulpian in l. 9 § 1 D. 1, 8: *„Sciendum est, locum publicum tunc sacrum fieri posse, quum Princeps eum dedicavit, vel dedicandi dedit potestatem."*

„rische Kraft zum gedanklichen Neubau war dem alternden Rechts-„geist der Antike entschwunden.“ [1]

So nahm also die Justinianeische Gesetzgebung die Definition der *res sacrae* aus dem fertigen System ohne Scrupel herüber, und man wurde sich bei der Abhängigkeit von einer alten Schulformel über den Widerspruch derselben mit dem neuen Rechtsgedanken nicht klar. Entscheidend für uns ist, dafs Justinian da, wo er am selbständigsten construirt, in den Institutionen und besonders in den Novellen, die heidnische *publica auctoritas* nicht kennt und in der *consecratio rite et per pontifices facta*, oder in der *consecratio episcopalis* die Rechtsgrundlage der *res sacrae* erblickt.

III. Die nachjustinianeische und heutige Auffassung.

§ 36.

Der Charakter dieser Untersuchung.

Die mit dem Christenthum eingezogenen neuen Ideen konnten eine Zeit lang in den überkommenen Formen verharren; aber auf die Dauer war dieser Zustand unhaltbar. Je mehr einerseits der christliche Gedanke für die Befreiung der Religion und des Cultus von der staatlichen Bevormundung eintrat, und andererseits die schöpferische Kraft erstarkte, die neuen Ideen und Rechtsgedanken in selbständiger und klarer Begriffsentwicklung zu fassen, in demselben Fortschritt mufste der sinnlose Anschlufs an die alten Schulformeln durch inhaltsvolle und dem Rechtsgeiste entsprechende Neubildungen überwunden werden. Diese Aufgabe löste das Mittelalter in anerkennenswerther Weise, so dafs wir heute noch an den Errungenschaften desselben zehren. Vor Allem hat die Weiterentwicklung des Gedankens von der Existenz zweier Gewalten mit geschiedenen Aufgaben der Erkenntnifs Eingang und Dauer verschafft, dafs der Begriff der *res sacrae* ebensowenig von der welt-

---

[1] Genossenschaftsrecht III. 107. Aehnlich Glück, Comm. II., § 164: „Diese Eintheilung (in *res divini* und *humani iuris*) rührt eigentlich noch aus den heidnischen Zeiten der Römer her, und Justinian hat sie unbedachtsamer Weise beibehalten, ohne seine Zeiten von den damaligen genug zu unterscheiden.“

lichen Rechtswissenschaft construirt wird, als er durch die staatliche Behörde zur Erscheinung kommt. Was aus den Institutionen noch verschwommen hervortritt, das hat in sämmtlichen modernen Gesetzgebungen seine crystallisirte Form gefunden, indem diese das Recht der Kirche, Voraussetzung und Wesen der Sacertät zu bestimmen, entweder im Besonderen anerkannten, oder in der üblichen Allgemeinheit: die Kirche ordnet ihre inneren Angelegenheiten selbständig — garantirten. Kein neueres Gesetz bestimmt den Begriff der *res sacra* im schöpferischen Vorgehen. Die Frage ist heute theologischer Natur und demgemäfs zu behandeln.

§ 37.

Das *religiosum.*

Der römisch-rechtliche Begriff des *religiosum* hat in dem heutigen Rechtsleben keine Stelle mehr. Die heidnische Auffassung, wie sie z. B. in der Fassung des Marcian,[1] Ulpian,[2] Celsus[3] und Paulus[4] zu Tage tritt, wonach das *religiosum* eine vom *sacrum* verschiedene Qualität ist und durch die Thatsache der Leichenbeisetzung existent wird, hat zwar im christlichen Staate Aufnahme gefunden. Die heidnischen Aussprüche sind nicht blofs in den Digesten recipirt, sondern erscheinen auch in den Institutionen,[5] wie überhaupt an keiner Stelle der Justinianeischen Gesetzgebung eine andere Rechtsanschauung sich ausdrücklich oder folgeweise geltend macht. Hier war die Ueberwindung besonders schwer, und sie vollzog sich erst spät. Denn die Kirche hat vor dem entseelten menschlichen Leib, der eine Wohnung des heiligen Geistes war und im Grabe der Auferstehung harrt, eine sittliche Hochschätzung, welche eine Rechtsbildung im Sinne der heidnischen Vorzeit eine Zeit lang begünstigen konnte.

Die Aenderung vollzog sich aber trotzdem und zwar aus folgendem Grunde. Es bildete sich im Christenthum die Sitte, den um die Kirche gelegenen freien Platz *(atrium)* zum Schutz gegen

---

[1] l. 6 § 4 D. 1, 8. — [2] l. 2 § 5 D. 11, 7.
[3] ib. — [4] l. 44 D. 11, 7.
[5] § 9 J. 2, 1.

unmittelbare Berührung des Gotteshauses mit dem Profanen als Zubehör desselben auszuscheiden. Dieser sogen. Kirchhof ist als Pertinenz der Kirche mit dieser bereits geweiht,[1] pflegte aber noch besonders benedicirt zu werden, insoweit er als Begräbnifsstätte diente.[2] Dies war aber gemeinhin der Fall und rechtfertigt sich durch das begründete Verlangen, im Schatten des Gotteshauses seine Ruhestätte zu finden, in welchem man bei Lebzeiten den Mittelpunkt seines religiösen Lebens gehabt hat, und in welchem die Hinterbliebenen die Gemeinschaft mit dem Verstorbenen noch besonders unterhalten.

Hiermit ist aber, wie wir sahen, das *religiosum* durch das *sacrum* verdrängt: nicht die *illatio mortui*, sondern der Weiheact verleiht dem katholischen Friedhof seine sittliche Werthsteigerung.[3] Die römisch-rechtliche Auffassung ist heute in manchen Kreisen ja unverkennbar noch herrschend, das katholische Kirchenrecht aber — und dieses ist hier mafsgebend — perhorrescirt sie und gründet die besondere Werthschätzung des Friedhofs auf die kirchliche *benedictio*. Der im Alterthum herrschende Streit, ob Cenotaphien religiös seien, ist daher heute gegenstandslos.

Wenn aber das Coemeterium nach kath. K.-Recht nicht mehr *religiosum*, sondern *sacrum* ist, so hat es auch die Berechtigung, den alten Namen zu führen, verloren, und die Juristen, welche die kath. Friedhöfe noch zu den *res religiosae* zählen, wie z. B. Meier,[4]

---

[1] Die Consequenzen davon treten zu Tage, wenn die Kirche polluirt ist: *„si ecclesiam pollui sanguinis aut seminis effusione contingat: ipsius coemeterium, si contiguum sit eidem, censetur, esse pollutum.“* Nicht aber gilt das Umgekehrte: *„non sic quoque in casu converso sentimus, ut videlicet polluto coemeterio, quamvis ecclesiae contiguo, debeat ecclesia reputari polluta, ne minus dignum maius, aut accessorium principale ad se trahere videatur.“* c. 8 in VI⁰. 3, 21.

[2] Mooren, Ueber Eigenthum und Benutzung der Kirchhöfe, S. 6, 17. Ueber diese Benediction der *Coemeterien* vergl. Probst, kirchl. Benedictionen, S. 308 ff. Eine einfache *conspersio* des *atrium* erfolgte übrigens immer, auch wenn es nicht als *Coemeterium* diente. Vgl. c. 9 Dist. I. *dec onsecr.*

[3] van Espen, *jus eccl. univ. II., tit. 38, c. 2, § 18: „Apud catholicos locus non efficitur religiosus per ipsam humani corporis inhumationem.“* Vergl. auch Mooren, S. 3.

[4] Preufs. Kirchenrecht, 140.

Helfert,[1] Siebenhaar,[2] Brinz[3] u. A., machen sich eines Anachronismus schuldig, wie dies denn auch Kreittmayr anerkennen mufs.[4]

Das Decretalenrecht verbindet mit dem *locus religiosus* einen neuen Begriff, indem es auch Hospitäler und Armenanstalten unter dieser Bezeichnung versteht,[5] wie man nunmehr auch die im Kloster Lebenden unter dem besonderen Stand der Religiosen begriff. Die im heidnischen Recht schon ersichtliche Dehnbarkeit des *religiosum* (wir mufsten ja auch ein *religiosum* im weiteren Sinn construiren) zeigt sich auch im altchristlichen Recht, indem bereits der Codex von einem *„religiosum sacerdotium“*[6] spricht, womit aber offenbar dasselbe gesagt sein will, wie mit dem *„venerabile ministerium“*[7] der Novellen. Glück nannte alle *„ad pios usus“* bestimmten Sachen im Gegensatz zu den profanen *religiosae*, zu welchen er dann selbstverständlich sowohl die *res sacrae* und *ecclesiasticae* als auch die milden Stiftungen rechnet.[8] Letzteres bezeichnet Bluhme[9] für „ganz willkürlich“; wenn aber Mejer[10] nicht die zum Vermögen

---

[1] Von der Erbauung, Erhaltung und Herstellung der Kirchengebäude, 2. Aufl., S. 1. Etwas verschwommen tritt diese Auffassung noch einmal S. 218 auf: „Nach dem gemeinen K. R. stehen die Freidhöfe (über diese Etymologie vergl. S. 206), sie mögen der Kirche anstofsend und daher als wahre Kirchhöfe wirklich ein Theil und Zugehör der Kirche, oder von der Kirche getrennt für sich bestehend sein, unter kirchlicher Jurisdiction, weil sie im ersten Falle zu den geweihten und heiligen Sachen gehören, im letzten aber besonders eingesegnet und dadurch zu religiösen Orten gemacht werden.“

[2] Sächs. Privatr. 71. — [3] Pand. 1050.

[4] p. II. c. 1 § 4 S. 55: „Die Römer verstanden nur die Begräbnussen darunter, welche zwar bey uns Catholischen nur in der Kirche oder auf dem Freythof geschehen, folglich *jure moderno* mehr *ad res sacras* gehören, man bleibt aber dem ungeachtet noch bey der alten methode, nach welcher die Begräbnüssen unter der rubrique von *rebus religiosis* besonders tractirt zu werden pflegen.“

[5] c. 4 X. 3, 36: *„locus ad hospitalitatis usum et pauperum provisionem . . . destinatus . . . quum sit religiosus, non debet mundanis usibus deputari.“*

[6] c. 16 C. 1, 3. — [7] Nov. 123, c. 10.

[8] Comm. II. § 164. Ferner Jacobson, Evang. K. R. 646. Auch Büff (Kurh. Kirchenrecht, 735) rechnet zu den *res religiosae* die „Hospitäler und milden Stiftungen.“

[9] Kirchenrecht, 171. Nach Bluhme soll diese Construction von „einigen neueren Juristen“ versucht worden sein.

[10] Lehrb. des Deutsch. Kirchenrechts, 3. Aufl., S. 412.

einer kirchlichen Stiftung gehörigen Gegenstände im Allgemeinen, sondern nur „wenn die Stiftung ein Kloster ist“, zu den *res religiosae* zählt, so finden wir das noch willkürlicher. Wir sind überhaupt der Ansicht, dafs das moderne *religiosum,* welches sich mit dem *destinatum ad pios usus* oder mit dem *sacrum* als identisch erweist,[1] wegen seiner Verschwommenheit am besten aus der juristischen Terminologie verschwindet. Das interessante Resultat eines längeren Bildungsprocesses ist die Thatsache, dafs die Coemeterien im neueren christlichen und speciell im heutigen katholischen Kirchenrecht nicht mehr *res religiosae* im antiken Sinn, sondern *res sacrae* und zwar *res benedictae* sind.

§ 38.

Die *res sacrae* als *res consecratae* oder *res benedictae.*

Der Fundamentalsatz des heutigen Sacralrechts ist die Zweitheilung der *res sacrae* in *res consecratae* und *res benedictae.* Die Qualität des *sacrum* wird also nicht mehr ausschliefslich durch die *consecratio,* sondern auch durch eine dem Alterthum noch nicht bekannte *benedictio* vermittelt.

Im Einzelnen herrscht hier noch viel Unklarheit und Unsicherheit. Welches ist der wesentliche Unterschied der *consecratio* und *benedictio?* Dem hat die grundlegende Frage vorauszugehen: ist überhaupt ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden vorhanden?

Der am meisten in die Augen fallende und daher an erster Stelle zu erwähnende Unterschied haftet im Minister. Der Bischof ist nämlich so ausschliefslich Minister der *consecratio,* dafs kein Priester sie vornehmen, der Bischof auch keinen Priester dazu delegiren kann, die Delegation vielmehr nur dem Papste zusteht.[2] Seitz leugnet sogar — aber wohl mit Unrecht — die Möglichkeit der Delegation an einen Priester überhaupt.[3] Stellt sich so die *consecratio* prin-

---

[1] Kreittmayr, S. 55 (p. II. c. 1 § 4): „*Res religiosae* bedeuten in *sensu communi* so viel als *res sacrae, sanctae vel piae,* welche *ad usus pios* gewidmet sind.“

[2] Probst, kirchliche Benedictionen und ihre Verwaltung, Tüb. 1857, S. 290. Vgl. auch *Decret. synod. dioeces. Paderborn.* a. 1867, P. II., sect. II. c. 58.

[3] Recht des Pfarramts, I. 131. Aehnlich Gitzler, Handb. des K. R., 398. Die Berufung auf c. 9 X. III. 40 scheint uns angesichts der unbestrittenen

cipiell als bischöflicher Weiheact dar, so darf man doch nicht in logischer Umkehrung dieses Satzes sagen: jeder dem Bischof reservirte Weiheact ist auch eine *consecratio.* So ist die Weihe der Meſsgewänder unbestritten eine *benedictio,* steht aber nur dem Bischof zu, der sie kraft der Quinquennalfacultäten Priestern delegiren kann, was er bezüglich der *benedictio* des *oleum infirmorum* oder *catechumenorum* nicht einmal kann. Die Weihe des Pallium und der Rosen (am Sonntag *Laetare*) ist sogar dem Papst reservirt, aber doch nur eine *benedictio.*

Diese Eintheilung der kirchlichen Weihungen in bischöfliche und priesterliche, wie sie auch dem römischen Rituale zu Grunde liegt, ist aber, abgesehen davon, daſs sie den Unterschied der *consecratio* und *benedictio* nicht begreift, nur eine äuſserliche, nicht aus dem Wesen des Weiheactes genommen und für eine tiefere Erkenntniſs nicht geeignet. Sie wiederholt sich im Wesentlichen in der Auffassung, welche in Betonung der Verschiedenheit der Form die *consecratio* als einen realen, die *benedictio* als einen verbalen Weiheact bezeichnet:[1] erstere wird nämlich stets durch Salbung mit Oel oder Chrisam vollzogen.[2] Doch ist auch hier die Umkehrung nicht gestattet: die unter Salbung mit *oleum infirmorum* und *chrisma* vorgenommene sog. Glockenweihe ist unbestritten eine *benedictio*, die übrigens nur mit speciellem päpstlichen Indult einem Priester delegirt werden darf (S. C. Rit. 19. April 1867, *apud Ferrar. vol. II. coll. 67, N. 7).* Und wenn wir auch davon absehen, daſs es keine reine Verbalbenediction giebt, indem bei jeder wenigstens das Besprengen mit Weihwasser vorgeschrieben ist, so ist doch für die Erkenntniſs einer wesentlichen Verschiedenheit von *consecratio* und *benedictio* nichts gewonnen. Die Verschiedenheit des Wesens müſste

---

Thatsache, daſs ein einfacher Priester vom Papst auch zur Spendung der Firmung bevollmächtigt werden kann, nicht genügend. Für die Möglichkeit der Delegation: Benedict. XIV. *de synodo dioeces.* XIII. c. 16 Nr. 12. M. v. Schenkl, *inst. iur. eccl.* tom. II. § 726. Ziegler, *tract. de episc. eorumque iur.* c. 7 § 8. Blondell, *apolog. pro sent. Hieron. de episc. et presbyter.* sect. III. p. 285. Schmalzgrueber, *ius. eccl. univ.* l. III. tit. 40 N. 50. Probst, kirchl. Benedictionen, S. 290. Vering, Lehrb. des K. R. 1881, S. 775. Amberger, Pastoraltheol. 1047. Fluck, Liturgik I. 421 u. 452.

[1] Probst, S. 290.

[2] Probst, 78, 290; Gitzler, Kirchenrecht, 395; Silbernagl, Kirchenrecht, 515.

sich vor Allem in den Wirkungen zeigen, und da gestehen wir ganz offen, dafs wir wesentlich verschiedene Wirkungen bei der *consecratio* und *benedictio* (*constitutiva,* denn nur um diese handelt es sich) nicht finden konnten: das müfste uns die Theologie noch erst beweisen. Deshalb können wir auch im Grunde gegen die Identificirung von „*benedictiones constitutivae*" und „*consecrationes*" [1] nichts einwenden. Nach dem Stande der theologischen Forschungen, die sich mit der *benedictio* sehr viel, mit dem Unterschied der *consecratio* und *benedictio* aber so gut wie gar nicht beschäftigt haben, können wir bei der *consecratio* und *benedictio* eine grundwesentliche Verschiedenheit überhaupt nicht erkennen: [2] beide sind Benedictionen, die erstere eine *benedictio sacratior et magis solemnis,* die zweite eine *benedictio simplex.* Der Name Jesu und das Kreuzzeichen sind die Elemente aller Sacramentalien: „Alle Worte der Sacramentalien concentriren sich in dem allerheiligsten Namen, und alle Handlungen knüpfen sich an das Zeichen des Kreuzes." [3]

§ 39.

Die Consecrationsobjecte.

Mehr als diese innere Verschiedenheit, die in erster Linie den Theologen angeht, interessirt den Juristen die Frage, welche Sachen zu den *res consecratae,* und welche zu den *res benedictae* gehören. Wenn wir nun Augusti [4] auch zugeben, dafs hierin „Verschiedenheit der Meinungen" herrschte, so ist dem doch hinzuzufügen, dafs diese heute im Wesentlichen gehoben ist.

---

[1] Silbernagl, Lehrb. 515. Desgl. Müller, Ueber das Privateigenthum an kath. Kirchengebäuden, 6. Martin, Lehrb. der kath. Religion, 15. Aufl., II. 120.

[2] c. 3 X. 3, 40 spricht daher von einer „*consecrationis benedictio pontificali ministerio (adhibita).*" Selbst die *consecratio* κατ' ἐξοχήν, die *transsubstantiatio,* wird mitunter mit dem Namen *benedictio* bezeichnet. Vgl. Tertull., *de praescr.* c. 47, II. 64; *de pudic.* c. 14, II. 1007; *I. adv. Marc.* c. 23. Uebrigens gebraucht Tertull. auch den Ausdruck *consecrare* (*de an.* c. 17, II. 676.) Auch bei Ambrosius ist die „*benedictio verborum coelestium*" identisch mit der „*consecratio divina,*" „*consecratio verbi coelestis*" *(de myst. c. 9; de sacram. IV. c. 4).*

[3] Amberger, Pastoraltheologie, 3. Ausg. III. 1041.

[4] Handb. der chr. Alterth. III. 499.

Nach der herrschenden Ansicht[1] giebt es vier Arten von *res consecratae,* von welchen die erste Stelle die Kirchen einnehmen.[2] Uebrigens ist die *consecratio* nur nothwendig, wenn in der Kirche die *„missarum solennia“* gefeiert werden sollen.[3] Nebenkirchen und Kapellen, in welchen das heilige Opfer nicht dargebracht wird,[4] bedürfen nur der *benedictio,* zu welcher der Bischof meistens den betreffenden Decan delegirt.[5] Sonst kann blofs im Nothfall und bis zur nachfolgenden Consecration eine Kirche durch Benediction dem öffentlichen Cult überwiesen werden.[6]

---

[1] Unter Anderen vertreten durch Glück (Comm. II., § 166); Slevogt, (Recht der Altäre, 87); Mejer (Lehrb. des Deutsch. K. R., 3. Aufl. 413); Bluhme (System, 221); Wächter, (Württemb. Privatr. II. 283, N. 10); Hirschel, (das Eigenthum an den kathol. Kirchen, S. 1); Gitzler (Handb. des K. R. 395); Hübler (sub v. Consecration im Holtzendorff'schen Rechtslexikon, 3. Aufl. II. 527); Silbernagl (Lehrb. 573 ff.); Friedberg (Lehrb. 301); Phillips, (Lehrb., 3. Aufl. 482); Richter-Dove, (Lehrb. (7. Aufl.) 112 f.)

[2] c. 26, 28, C. 16, q. 7; c. 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18 Dist. I. *de consecr.* c. 1 § 9 Dist. 25; c. 4 Dist. 68; tit. 40 des 3. Buchs der *Extravag.* Gregors IX. und das *Pontificale Roman. (ed. Bruxell. 1735) de ecclesiae dedicatione seu consecratione* p. 268 sqq.

[3] c. 12 u. 11 D. I. *de consecr.*

[4] c. 33 D. I. *de consecr.*

[5] Permaneder, Handb. des kath. K. R., S. 904 (§ 482). Vgl. auch Probst, welcher den Ausspruch des Baruffaldus anführt: „Von den Oratorien wird das nicht gesagt, weil sie solcher Solennität nicht bedürfen, obwohl sie öffentliche sind“ (Kirchl. Benedictionen, 290). Denn es ist, worauf ebenfalls Probst hinweist, wohl zu beachten, dafs Privatoratorien durch die in Rede stehende *benedictio* überhaupt nicht geweiht werden dürfen, hier vielmehr die gewöhnliche *benedictio loci vel domus novae* zur Anwendung kommt. *S. R. C. die 11 Mart. 1820: „Potestne episcopus vel per se ipsum vel per alium sacerdotem, benedicere Oratorium monialium s. Augustini, quae destitutae earum conventu, vitam degunt in quadam domo, ut possint sacramenta confessionis et s. Eucharistiae recipere, cum absque clausura vivant; R. Negative, cum Oratoria privata numquam benedicantur ritu praescripto in rituali Romano pro publicis oratoriis.“*

[6] c. 11 Dist. I. *de consecrat.: „Satius ergo est, missam non cantare, aut non audire quam in illis locis, ubi fieri non oportet; nisi pro summa contingat necessitate* (vorher: *nisi summa coegerit necessitas), quoniam necessitas legem non habet.“* In Verbindung hiermit die oben (N. 2) erwähnte Rubrik: *„Ecclesia vero, quamvis a simplici sacerdote, ut supra, sit benedicta, ab episcopo tamen consecranda est.“* Ein specieller Nothfall ist erwähnt im c. 30 Dist. 1, *de consecr.*

Der *consecratio ecclesiae* geht eine *benedictio et impositio primarii lapidis* voraus. Das bestimmt schon *c. 9 Dist. I. de consecr.,* welcher mit den S. 205 citirten Stellen der Nov. 5. c. 1, Nov. 67. c. 1 und Nov. 131 c. 7 im Wesentlichen übereinstimmt.[1] Wenn aber Uhrig diesen bischöflichen Weiheact deshalb nicht *consecratio,* sondern *benedictio* nennen zu müssen glaubt, weil das Kirchenrecht eine *consecratio* mit einer Bedingung (hier: dafs der Bau erfolgt) nicht kenne,[2] so ist das eine müfsige Spielerei, die sich am kürzesten mit der Bemerkung abthun läfst, dafs das Kirchenrecht auch keine conditionelle *benedictio* kennt.

Eine besondere Consecration wird zweitens den Altären zu Theil.[3] Denn mögen diese immerhin eine Pertinenz der Kirche sein und daher an der *consecratio ecclesiae* participiren, so legte doch der Umstand, dafs auf ihnen das Opfer des neuen Bundes dargebracht wird, eine besondere *consecratio* sehr nahe. Ob auch die tragbaren Altäre *(altaria portabilia sive portatilia)* durch die *consecratio* geweiht werden, ist eine Frage, welche Schmid[4] mit Unrecht verneint, Ballay,[5] de Angelis,[6] Richter-Dove,[7] Phillips,[8] Fluck,[9] Silbernagl[10] und Vering[11] bejahen. *C. 31 Dist. I. de consecr.* darf hierbei nicht angezogen werden, da wir unter den hier erwähnten *altaria non lapidea* keine tragbaren Altäre zu verstehen haben. Letztere sind vielmehr kleine, viereckige Steine, welche in den unteren Altarbau eingelassen und aus demselben zum Zweck des Versandes herausgenommen werden.[12] Vering beruft sich auf

---

[1] *„Nemo ecclesiam aedificet ante, quam episcopus civitatis veniat, et ibidem crucem figat, publice atrium designet, et ante praefiniat, qui aedificare vult, quae ad luminaria, et ad custodiam, et ad stipendia custodum sufficiant, et ostensa donatione sic domum aedificet, et post, quam consecrata fuerit, atrium eiusque ecclesiae sancta aqua conspergat."*

[2] Tüb. theol. Q.-S. 1878, S. 417.

[3] Bingham, *Orig. eccles. lib. VIII. c. 6 (tom. III. p. 220);* Selvaggio, *Antiquit. lib. II. p. I. c. 2 § 6;* Giraldi, *Exposit. iur. pontif., p. 417 sqq.* Die Hauptquellenstellen sind aufser den in N. 2 S. 214 erwähnten: c. 25, 32 D. I *de consecr.,* c. 1 § 8 X. 1, 15 und das *Pontificale Roman., p. 351 sqq.*

[4] Der christl. Altar S. 452. — [5] Archiv 15, S. 102.

[6] *Praelectiones II., II. 286.* — [7] Lehrb., 7. Aufl., S. 1113.

[8] Lehrb., 3. Aufl., 486. — [9] S. 463.

[10] Lehrb. 579. — [11] Lehrb. 775.

[12] Näheres bei Ballay l. c. 102 sq.

„c. 32 D. I. de consecr.; c. 4 D. I.; c. 25 D. I. de consecr.; c. 5 X. de consecr. eccles.“,[1] diese Stellen können aber zweifelhaft sein, und wir stützen uns jedenfalls besser auf das *Pontificale Romanum.*[2]

Zum Schlufs sind noch Kelch und Patene, welche auch nach dem Gesichtspunkt ihrer materiellen Structur dieselbe Behandlung erfahren,[3] als consecrationsbedürftig erklärt. Vering[4] beruft sich dabei auf *„c. un. in VI°.“* und meint offenbar *c. un. in lib. III. tit. 21,* in welchem jedoch weder von Kelchen noch Patenen die Rede ist. Was die Kelchweihe anlangt, so scheint *c. un. § 8 X. 1, 15* sogar die *consecratio* auszuschliefsen.[5] Doch irren wir wohl kaum, wenn wir in der Verschiedenheit des Ausdrucks *(consecratur, dedicatur, benedicitur)* nur das Haschen nach klangvoller, sprachlicher Abwechslung ohne entsprechende gedankliche Abstufung erkennen. Was sollte denn z. B. *dedicatur* neben *consecratur* und *benedicitur* besonders bedeuten? Den positiven Beweis für die nach kath. Kirchenrecht übliche *consecratio* von Kelch und Patene finden wir im *Pontificale Romanum,* das in einem besonderen Capitel handelt, *„de patenae et calicis consecratione.“*[6] Uebrigens wird nur der Opferkelch, nicht auch das Ciborium oder der Speisekelch consecrirt. Das *Pontificale Romanum* kennt nur eine *„benedictio tabernaculi seu*

---

[1] Lehrb. des K. R. (2. Aufl.), S. 775[4].

[2] *de altaris portatilis consecratione, p. 383.*

[3] c. 44, 45 Dist. I. *de consecr.* Vgl. auch Quarti, *de processionibus eccl. et de litan. Sanct. ac de benedict. deque rebus bened. sacratis, p. 2, t. 1, sect. 2, dub. 1.*

[4] Lehrb. (2. Aufl.), S. 775[5].

[5] *„Unguitur praeterea secundum ecclesiasticum morem, quum consecratur altare, quum dedicatur templum, quum benedicitur calix.“*

[6] p. 421 sqq. Krieg sagt: Wir können jedoch mit ziemlicher Sicherheit annehmen, dafs, seitdem man Kirchen und Altäre consecrirte, auch Kelch und Patene mit benedicirt wurden.“ (Real-Encyclop. der chr. Archäol. von Kraus sub v. Gefäfse, S. 581.) Wir citiren diese Aeufserung nur, um daran die Bemerkung zu knüpfen, dafs Krieg mit der letzt erwähnten Wendung, wie wir nach einer persönlichen Aeufserung desselben versichern können, keineswegs eine technische Bedeutung verknüpft. So spricht auch Vering in demselben Absatze, wo er die *consecratio calicis* durch den Bischof beweisen will (S. 775[5]), von der „Benediction von Kelchen.“

vasculi pro sacrosancta eucharistia conservanda."[1] Ebenso beruht die Auffassung, als sei die *lunula* consecrirt, auf einem Irrthum, und die Ansicht von Brinz, als würden auch die »Gewänder« consecrirt,[2] ist ebenso unrichtig,[3] als die bei Augusti[4] erwähnte frühere Doctrin, welche „sämmtliche zum Altardienst erforderlichen Geräthe,[5] oder andererseits blofs „die Abendmahlskelche" zu den *res consecratae* rechnete.

Die herrschende Meinung beschränkt — wie uns scheint, mit Recht — die *consecratio* auf die Kirchen, Altäre, Kelche und Patenen. Welches der innere Grund ist, warum nur diese consecrirt, alle anderen gottesdienstlichen Sachen aber blofs benedicirt werden, vermögen wir nicht mit Sicherheit zu sagen. Dafs der Gesichtspunkt der unmittelbaren Berührung derselben mit dem Sacrament der Eucharistie nicht mafsgebend war,[6] ersieht man schon daran, dafs das *vasculum* zur Aufbewahrung der heil. Eucharistie blofs benedicirt ist. Wir vermuthen vielmehr, dafs die Beziehung der gottesdienstlichen Sachen zur Eucharistie als Opfer, also zum Mefsopfer, von bestimmender Bedeutung wurde. Die unblutige Erneuerung des Kreuzestodes auf Golgatha steht derart im Mittelpunkt des katholischen Cultus, dafs die *benedictio magis sollemnis sive consecratio*, wenn irgendwo, so bei den mit dem eucharistischen Opfer in directeste Berührung kommenden Sachen Platz greifen mufs.

---

[1] p. 443 sq. Vgl. übrigens über die mehrfache Deutung dieser *termini* Probst, kirchl. Benedictionen, S. 318 f.

[2] Pand. I., Aufl. II. 1048.

[3] Vgl. das *Pontif. Rom.*, p. 425 sqq.

[4] Handb. der chr. Alterth. III. 494.

[5] So zählt auch noch Uhrig (Tüb. theol. Q.-S. 1878, S. 415 f.) als *res consecratae* auf: „Speise-Kelch . . das Corporale, die Lunula in der Monstranz und als umgedrehten Kelch — die Glocke." (!)

[6] Von dieser Ansicht ist offenbar auch noch Probst beeinflufst, indem er an die Bemerkung, dafs die „Lunula dem Sacramente unmittelbar dient und in unmittelbare Berührung mit ihm kommt," folgende Worte knüpft: „Man könnte deshalb sogar fragen, ob die Benediction genügt, und nicht die Consecration erfordert werde." Auch Uhrig geht von dieser Anschauung aus: *„Res sacra (consecrata)* ist, was dem Allerheiligsten zur unmittelbaren Berührung dient." So erklärt sich die Aufzählung in N. 5, wenn sich auch der „umgedrehte Kelch" nicht recht einfügen will.

Zu diesen Sachen gehört aber neben den genannten noch das Corporale, und unter der Voraussetzung der Richtigkeit unserer Annahme müfste daher auch jenes consecrirt werden. *C. 46 Dist. I. de consecr.* spricht nun in der That von der *consecratio* des Corporales.[1] Das *Pontificale Romanum* aber vermeidet die Bezeichnung *consecratio,*[2] und kennt auch die zum Begriff der *consecratio* nothwendige, hier allerdings wohl aus Reinlichkeitsrücksichten ausgeschlossene Salbung nicht. Unsere als blofse Vermuthung gegebene Ansicht würde eine ebenso sachgemäfse Erklärung geben, als sie die Wirkung der *consecratio* und *benedictio* als wesentlich verschieden erkennen liefse: Danach würde nur die *consecratio,* nicht auch die *benedictio,* die Qualification der Sache zur directen Berührung des eucharistischen Opfers verleihen.[3] Wir wollen im Uebrigen aber diese Gelegenheit nicht vorübergehen lassen, ohne ausdrücklich zu erklären, dafs wir uns für diese liturgischen Fragen nicht als Fachmann ansehen und das correctorische Urtheil der Theologen ebenso bereitwillig annehmen, als ehrlich wünschen.

---

[1] *Consulto omnium statuimus, ut sacrificium altaris non in serico panno aut tincto quisquam celebrare praesumat, sed in puro linteo ab episcopo consecrato.*"

[2] p. 428 sq. In einer der drei Orationen kommen allerdings die Worte vor: „*Omnipotens sempiterne Deus, benedicere, sanctificare et consecrare digneris linteamen istud ad tegendum involvendumque corpus etc.*"; aber wir möchten daraus keine Schlüsse ziehen, sonst müfsten wir auch die *benedictio novae crucis (Pontif. Rom. p. 435: „ut sanctifices tibi hoc signum crucis et consecres")* oder die *benedictio capsarum pro Reliquiis et aliis Sanctuariis includendis (Pontif. Rom. p. 444: „nobis indignis ad consecrationem harum capsarum")* als eine *consecratio* auffassen.

[3] Baruffaldus, *Ad rituale Romanum,* Comm. 1735, t. 63, N. 6 und Cavalieri, *opera omnia liturgica,* p. 2, t. 2. lit. p. kommen einmal zu demselben Resultat, ohne aber die Consequenzen zu ziehen: „*Hoc unum tantummodo addi potest non debere ista vascula seu istas pyxides oleo sacro inungi, quemadmodum calices et patenae, sed solum benedici et aqua benedicta aspergi; quamvis enim altari inserviant, non adhibentur tamen ad sacrificium conficiendum.*" Auch bei Slevogt (Recht der Altäre, 88) wird das Wesen der *res consecratae* darin gefunden, dafs sie „*immediate* und *proxime* zur Confection des Leibes und Blutes Christi (wie die Canonisten reden), die andern *vasa* und Mefskleider aber nur *remote* adhibiret" werden.

§ 40.
Die Benedictionsobjecte.

Res benedictae sind die durch die *benedictio* geweihten Sachen. Die Zahl ist unbegrenzt. Die Liturgik kennt benedicirte Speisen, Eier, Brod, Wasser, Oel, Wein, Weinberge, Früchte, Palmen, Rosen, Kräuter, Häuser, Schiffe, Fahnen, Waffen, Lämmer, Ringe, Brautgemächer, Kreuze, Medaillen, Bilder, Rosenkränze, Kerzen, Glocken, Asche, Feuer, gottesdienstliche Gewänder u. s. w.

Es ist aber ein grofser Irrthum, wenn man meint, durch jede *benedictio* entstehe eine *res sacra*. Die Benedictionsformularien des römischen Rituale kennen auch eine Benediction von verdorbenem Wasser. Wer möchte aber diesem, oder benedicirten Eiern, oder einem benedicirten Brautgemach alles Ernstes den Charakter des *sacrum* zuschreiben?

Um den Begriff der *res sacra benedictione* zu erhalten, müssen wir vor Allem diejenigen Benedictionen ausscheiden, welche dem alleinigen Zweck dienen, den zu benedicirenden Sachen ohne Zustands- und Bestimmungsveränderung etwas Gutes anzuwünschen, oder sie von einem Uebel zu befreien. Diese von den Theologen sogenannten *benedictiones invocativae* oder Segnungen bewirken kein *sacrum* und kommen daher hier nicht weiter in Betracht. Dagegen gehören hierher die sogenannten *benedictiones constitutivae* oder Weihungen, welche die Sache in einen anderen Stand versetzen, mit der Bestimmung, in diesem fortan zu verbleiben.[1] Weihung und Segnung sind grundverschieden in ihrer Wirkung und deshalb auch verschieden in ihrem Wesen. Dafs durch die Benedictionen

---

[1] Fornici, *institutiones liturgicae, Monasterii 1854*, p. 4, c. 1, p. 383; Probst, S. 79 f.; Amberger, Pastoraltheologie, 1039, 1045; Fluck, Liturgik I. 417. Fälschlich identificirte man Weihung mit *consecratio* und Segnung mit *benedictio,* und kam infolge dessen mitunter zu einseitigen und unrichtigen Resultaten, so insbesondere Dinkel (das Wesen der ordentlichen priesterlichen Realbenediction 1847). Selbst Probst hat sich dieser Ansicht noch nicht ganz zu entziehen vermocht (S. 34). Vgl. ferner Hirschel, das Eigenthum an den kath. Kirchen, S. 1. und im Archiv 34, S. 353. Phillips, Lehrb. 3. Aufl., S. 483 u. 487. Gräff, das Eigenthum der Kirche, S. 21. Evelt, das preufs. Civilrecht I. 71. Wächter, Württemb. Privatr. II. 283, N. 10.

etwas mitgetheilt wird, darüber sind, wie Probst[1] hervorhebt, alle Theologen einig; die Einen nennen dieses Etwas *bonum,* die Anderen *gratia,* wieder Andere *vis* oder *virtus.* Probst entscheidet sich mit Thomas[2] für die letztere und kommt, indem er die geläufige Unterscheidung der *gratia* in eine *actualis* und *habitualis* in geistreichem Vergleich zur Anwendung bringt,[3] zu dem Resultat: Wie die Gnade mit Rücksicht darauf unterschieden wird, ob sie den Menschen in einen dauernden Zustand versetzt *(gratia habitualis)* oder ihm nur vorübergehende Hülfe zu dieser oder jener Handlung verleiht *(gratia actualis)*, so verleihen auch die *benedictiones invocativae* den Segen zu mehr oder weniger scharf umgrenzten Handlungen, während die *benedictio constitutiva* eine habituelle Eigenschaft verleiht.[4] Nur diese Zustandsveränderung involvirt die Ertheilung einer neuen Qualität und bewirkt den Charakter des *sacrum:* „Der „Begriff der *res sacra* liegt darin, dafs sie ein Instrument der Heili-„gung ist, Instrument der Heiligung wird sie durch Verleihung der „*virtus habitualis,* und diese wird durch die *benedictio constitutiva* „ertheilt."[5]

Es wurde durch Probst[6] zur Streitfrage gemacht, ob zum Be-

---

[1] S. 45.

[2] III. 9, 83 a. 3: *„Ad tertium dicendum, quod ecclesia et altaria et alia huiusmodi inanimata consecrantur, non quia sint gratiae susceptiva, sed quia ex consecratione adipiscuntur quandam spiritualem virtutem"* und ad 3: *„propter virtutem, quae consecratione ecclesiae acquiritur, consecratio ecclesiae non iteratur."* Aehnlich das *Trid. sess. 7 de confirm. c. 2,* welches diejenigen mit dem Anathem belegt, welche sagen: *„iniurios esse spiritui sancto eos qui sacro Confirmationis chrismati virtutem aliquam tribuunt."* Vgl. auch die bei Probst (50 f.) citirten Stellen aus den Benedictionsformularien.

[3] S. 49.

[4] S. 49 in Verbindung mit S. 79 f. Ferner Fornici, *inst. liturgicae p. 4 c. 1 p. 383: „constitutivae (benedictiones) dicuntur illae, per quas personae, seu res constituuntur in esse permanente* (*esse permanens* = dauernder Zustand) *rei sacrae et religiosae, adeo ut eum statum deinceps non mutent."*

[5] Probst, S. 80.

[6] S. 80. Uebrigens vermissen wir hierin bei Probst die Consequenz. S. 72 f. und auch S. 75 ist ihm „die Entziehung . . . für den profanen Gebrauch . . . mit der Weihe nothwendig verbunden." An anderen Stellen hält er das „Ausscheiden vom profanen Gebrauch" für nothwendig, ja sogar für „das erste, aber auch niedrigste Moment" (S. 72).

griff des *sacrum* auch der Ausschlufs vom profanen Gebrauch gehört. Auch wir glauben, dafs dieser Ausschlufs nicht schon durch den liturgischen Sacertätscharakter begrifflich gegeben ist, wie letzterer durch den weltlichen Gebrauch einer heiligen Sache ja auch nicht ohne weiteres verloren geht, sondern dafs derselbe nur die durch das positive Recht gewollte **Folge** des *sacrum* ist. Man könnte höchstens sagen: der Ausschlufs der *res sacrae* vom profanen Gebrauch ist ein consecutives, aber kein constitutives Begriffselement. Unsere Frage ist gemischter Natur, denn sowohl das kirchliche wie das weltliche Recht kann mit dem Sacertätscharakter solche Folgen verknüpfen.[1] Dieser Gesichtspunkt wird besonders für die Tragweite der Extracommercialitätsbestimmungen von Bedeutung. Wir wollen die Wirksamkeit einer einseitigen kirchlichen Normirung hier selbstverständlich nicht beanstanden, aber eine solche kann den zuwiderhandelnden Contrahenten wohl mit kirchlichen Strafen bedrohen, das Rechtsgeschäft aber nicht aus eigener Macht mit Nullität belegen. Nur auf einem Umweg kann eine kirchengesetzliche Extracommercialitätsbestimmung civilrechtlich bedeutsam werden, indem nämlich dem kirchlichen Contrahenten zum Abschlufs des verbotenen Rechtsgeschäfts die privatrechtlich erforderliche Befugnifs fehlt, und auf Grund dieses Fehlers in der Person des Vertragschliefsenden durch den Richter auf Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts erkannt werden mufs. Anders liegt es aber beim staatlichen Extracommercialitätsgesetz: hier haben wir kein vertragsfähiges Object, also eine wesentlich andere Rechtslage. Ob die *res sacrae* zu den verkehrsfähigen Sachen im Privatrechtssinn gehören, das kann nie das Kirchen-, sondern nur das Civilrecht bestimmen.

Was dann schliefslich den durch die Gesetzgebung gewollten Ausschlufs vom profanen Gebrauch anlangt, so dürfen wir diesen nicht in Dinkel'scher Engherzigkeit übertreiben. Schliefst dieser doch selbst das Weihwasser von den *res sacrae* aus, weil man sich

---

[1] Vgl. beispielsweise l. 10 C. 1, 3; l. 5 C. 1, 12; Nov. 123 c. 31; c. 3 u. 4 Dist. 42; c. 1 Dist. 92; c. 29 C. 17, q. 4; c. 39—43 Dist. I. *de consecr.*; c. 1 u. 12 X. 3, 1; c. 1 X. 3, 2; c. 2 X. 3, 44; c. 1 u. 5 X. 3, 49; c. 2 in VI°. 3, 33; c. 1 in Clem. 3, 14; *Conc. Trid. sess. 22 de celebr. miss.*

dessen auch aufserhalb der Kirche bediene! Der Ausschlufs vom profanen Gebrauch involvirt nicht eine Beschränkung auf den kirchlichen, sondern nur eine solche auf den religiösen oder culturellen Gebrauch.[1] Benedicirter Johanneswein, der gebraucht wird wie jeder andere Wein, ist ebensowenig eine *res sacra* als eine benedicirte Wöchnerin eine *persona sacra* wird. Das Weihwasser ist aber eine *res sacra,* weil die an demselben vorgenommene Constitutivbenediction dasselbe für den gottesdienstlichen Gebrauch bestimmt, gleichgültig, ob der Gottesdienst im Hause oder in der Kirche stattfindet.

Die Wirkung der *consecratio-benedictio.*

§ 41.

a. Negatives: Widerlegung der Seitz'schen Ansicht.

Wir haben oben gesehen, dafs nach dem heutigen Stand der liturgischen Gesetzgebung und Doctrin von einer wesentlichen Verschiedenheit der *consecratio* und *benedictio* nicht die Rede sein kann, dafs die *consecratio* vielmehr nur eine *benedictio magis sollemnis* ist. In Folgendem werden wir daher die beiden *termini* unterschiedslos nebeneinander gebrauchen.

Was nun die Wirkungen der *consecratio-benedictio* anlangt, so hat fromme Uebereilung so übertriebene Resultate gezeitigt, dafs

---

[1] Dasselbe drückt die *communis opinio* der Canonisten aus, wenn sie die *res sacrae* in eine nothwendige, unmittelbare Beziehung zum Gottesdienst setzt, so Friedberg, Lehrb. 300. Probst, S. 34. Hübler, Holtzendorffs Rechtslexicon, 3. Aufl. II. 527. Glück, Comm. II. § 166. Kreittmayr, *compend. cod. Bavar. Civ. 1768,* S. 53. Gräff, das Eigenthum der kath. Kirche, S. 21. Gitzler, Handb., S. 394: „Sachen, die zu einem kirchlichen und religiösen Zweck, zumal zum Gottesdienst bestimmt sind und diese Bedeutung durch einen kirchlichen Act erhalten, nennt man *sacrae.*" Ganz falsch definirt Uhrig: „*res sacra* ist, was dem Allerheiligsten zur unmittelbaren Berührung dient (!): die Kirche, der Altar, der Kelch (Opfer- und Speisekelch), die Patene, das Corporale, die Lunula in der Monstranz und als umgedrehter Kelch die Glocke" (!!) Tüb. Theol. Quartalschr. 1878, S. 415 f.

hier Besonnenheit und Maſshaltung besonders geboten erscheint. Unser Urtheil betrifft vorzugsweise die Seitz'sche Auffassung.

Nach Seitz ist die *consecratio* der feierliche Act, „wodurch profane Sachen mit einer gewissen geheimniſsvollen Wunderkraft und göttlichen Gnade erfüllt werden.“ [1] Er beklagt die „katholischen Doctoren“, die das Dogma dieser geheimniſsvollen, gnadenreichen Wunderkraft stürzen wollten: „Denn wer möchte fernerhin seine „Gebete und gottgefälligen Blüthen seiner Frömmigkeit noch in die „Kirche tragen, wenn er aufhört, an eine dort wohnende Wunder„kraft zu glauben, die geheimniſsvoll seine Brust zu begeisterter „Andacht spannt etc.“ [2] Also eine »Wunderkraft« ist die Wirkung der *consecratio,* die, selbst von »geheimniſsvoller« Eigenschaft, eine »geheimniſsvolle« Thätigkeit entwickelt. Gewiſs des Geheimniſsvollen genug! [3] Wie kann man aber alles Ernstes eine begrifflich nothwendige Wirkung als Wunder verkünden, das jeder Regel und Nothwendigkeit spottet! Da sollte man ja meinen, Christus hätte ein besonderes Wunderinstitut gegründet.

Nach Seitz ist „eine weitere Wirkung der Consecration der Kirche die, daſs derselben dadurch ein unauslöschlicher Charakter *(character indelebilis)* aufgeprägt wird“. [4] J. H. Böhmer erwähnt diese Ansicht bereits als *„non nova Romanae ecclesiae“,* [5] und wir wollen nicht leugnen, daſs gerade die kirchliche Gesetzgebung dieses verkehrte Theorem durch die unzeitige Parallelisirung von *consecratio* und *baptisma* begünstigt hat. [6] Seitz folgert den

---

[1] Das Recht des Pfarramts, I. S. 122.

[2] S. 143.

[3] Auch Mejer, Lehrb. des Deutschen K. R. III. 413, N. 2 u. 3 spricht von einer „mystischen Wirkung“ der katholischen Consecration.

[4] S. 141.

[5] *J. prot. eccl. tom. III. lib. III. t. 40 § 5.*

[6] c. 20 Dist. I. *de consecr.* und c. 3 D. 68 *(ex Nicaeno concilio): „Ecclesiis semel Deo consecratis non debet iterum consecratio adhiberi, nisi aut ab igne exustae, aut sanguinis effusione, aut cuiuscunque semine pollutae fuerint; quia sicut infans, a qualicunque sacerdote in nomine Patris, et Filii, et Spiritus sancti semel baptizatus, non debet iterum baptizari: ita nec locus Deo dicatus, iterum consecrandus est, nisi propter eas causas, quas superius nominavimus; si tamen fidem sanctae Trinitatis tenuerint, qui eum consecraverunt.“* Nach der heutigen Praxis werden unter den beiden letzten Voraussetzungen die

character indelebilis (von welchem übrigens die Quellen nicht sprechen) aus dem gesetzgeberischen Verbot, den Consecrationsact zu wiederholen. Ist es denn aber wahr, dafs die *consecratio* unter keinen Umständen an demselben Gegenstand wiederholt werden darf? Der citirte *canon* selbst betont ja die Nothwendigkeit einer erneuten Consecration unter einer dreifachen Voraussetzung. Und wie will Seitz ferner die bei dem Vorhandensein einer *iusta causa* nach vorgenommener *causae cognitio* auf das *decretum de profanando* sich gründende Erlaubtheit einer sogar formlosen, d. h. nichtrituellen Execration erklären?[1] Ein *character indelebilis,* welcher — erlaubt, oder unerlaubt — erlischt, ist eben kein *character indelebilis.*

Zum Schlufs ist noch die Ansicht von Seitz zurückzuweisen, als würde durch die *consecratio* die »Substanz“ der Sache »verändert«.[2] Von einer Substanzveränderung infolge eines kirchlichen Actes haben wir nur ein einziges Beispiel in dem erhabenen Vorgang der Transsubstantiation. Von dieser *consecratio* ist aber bei Seitz an der angeführten Stelle ebensowenig die Rede als in unserer Abhandlung. Und wenn merkwürdigerweise Peters in der Kraus-schen Real-Encyclopädie der christlichen Alterthümer *sub. v. consecratio* nur die Transsubstantiation kennt, so ist das ein Gegenstück zur Pauly'schen Real-Encyclopädie des classischen Alterthums, welche unter *consecratio* nur „die Apotheose der verstorbenen römischen Kaiser“ begreift. Oder meint etwa Peters mit J. H. Böhmer,[3] die Consecration der Kirchen und kirchlichen Geräthe sei erst in späterer Zeit aufgekommen?

Kirchen nicht noch einmal consecrirt, sondern nur reconciliirt. Der citirte *canon* wird übrigens von Vering merkwürdigerweise zur Stütze des Satzes angerufen, dafs „infolge von Zerstörung der Wände oder des inneren Bewurfs derselben . . . die Consecration einer Kirche . . . wiederholt werden . . darf“ (Lehrb. d. Kirchenrechts 2. Aufl. S. 777).

[1] Es ist das Verdienst Uhrigs, nachgewiesen zu haben, dafs die *res sacrae* ohne kirchlichen Entweihungsritus dem weltlichen Verkehr zurückgegeben werden (Archiv f. k. K. R. 40, S. 3 ff.).

[2] S. 143.

[3] *J. prot. eccl. tom. III. lib. III. t. 40.* Seitz sagt sehr treffend S. 126: „Schlagt ein Institut des Kirchenrechts auf, welches ihr wollt: Iust. Henn. Böhmer und seine Schule datiren seinen Ursprung von der Zeit des Kaisers Constantin M. an.“

b. Positives: Die *consecratio-benedictio* als *causa instrumentaria* der *virtus*.

§ 42.
Die Wirkung der Heiligung.

Lüft hält sich von den phantastischen Constructionen der Seitz'schen Art frei, verfällt aber in den entgegengesetzten Fehler, wenn er die „concrete Feststellung der objectiven Kraft, die den kirchlichen Segnungen inwohnt“, für ungeeignet und aussichtslos hält.[1] Dem gegenüber hebt Probst mit Recht hervor: „Wirkt eine Handlung oder Sache etwas, so will der Verstand wenigstens die hauptsächlichsten Wirkungen klar und abgegrenzt kennen lernen.“ [2]

Die *benedictio* ist nach ihrer etymologischen Bedeutung die Anwünschung von etwas Gutem,[3] das wir nach dem Vorgange des *Concilium Tridentinum* und der Benedictionsformularien[4] am besten *virtus* nennen. Die *benedictio* ist also das Instrument oder die *causa instrumentaria,* durch welche die benedicirten Gegenstände die *virtus* empfangen.[5] Wie zu gewissen gottesdienstlichen Handlungen eine besondere durch die Priesterweihe vermittelte Fähigkeit der Personen erfordert wird, so sollen auch die bei jenen Handlungen zur Verwendung kommenden Sachen mit einer besonderen geistigen Eigenschaft ausgestattet werden.

Schwierig ist nur die Feststellung des Begriffes *virtus,* die Tertullian und Ambrosius auch *vis* nennen. Hier ist in erster

---

[1] Liturgik, II. Bd. cit. bei Probst 4.

[2] S. 4.

[3] Baruffaldus (*ad Rituale Rom. Comm. 1735, t. 44 N. 2*): *„Benedicere homini vel rebus creatis, nihil aliud est, quam ipsis aliquid boni tribuere, aut virtutem in illis inducere.* Ritter, *de christ. eccl. politia I. 240: „Deprecatio illa, qua Deum O. M. ut bene alicui sit, oramus, benedictio a Latinis,* Εὐλογία *a Graecis dicitur.“* Fluck, Liturgik I. 416: „Benedictionen, weil sie die göttliche Gnade und Huld durch den Act der Segnung vermitteln.“

[4] Vgl. S. 220.

[5] Probst, S. 45.

Linie die bereits von Probst[1] bekämpfte Ansicht eines Mitarbeiters der Linzer Monatsschrift[2] zurückzuweisen, welcher die Benedictionen als blofse »Fürbitten« auffafst, die nur noch *realiter* durch ein äufseres Zeichen ausgedrückt würden. Der Unterschied zwischen *oratio* und *benedictio* ist ein grundwesentlicher: „Die Fürbitte besitzt nichts, sondern will erst etwas erlangen, die Benediction besitzt bereits etwas und wendet es betend dem Einzelnen zu. Diese ist darum Mittheilung in der Form des Gebetes, jene ist Gebet um Mittheilung.“[3]

Auch die protestantische Auffassung von der *res sacra* als einer lediglich durch die gottesdienstliche Zweckbestimmung ausgezeichneten Sache[4] hat im katholischen Kirchenrecht keine Stelle, vielmehr ist hier die Sacertät stets ein Objectiv-Reales. Bei den Protestanten liegt die Sacertät ausschliefslich im Zweck und damit aufserhalb der Sache, und als etwas Objectives betrachtet, ist sie doch nur der Reflex einer religiösen Stimmung, also doch nur etwas Subjectives. Diese hochheilige Zweckbestimmung kennt freilich auch das canonische Recht, und es zieht daraus die Consequenzen.[5] Aber hier kommt zu der Rechtssacertät der Zweckbestimmung noch ein sacramentales Plus, eine reale Zugabe, welche zwar die Rechtswirkungen nicht berührt, aber eine neue ethische Qualität verleiht.[6]

---

[1] S. 36.

[2] I. Abth., I. Bd. 349.

[3] Probst, 36.

[4] G. L. Böhmer, *princ. iur. can.* § 590. Slevogt, das Recht der Altäre, § 10 S. 100. Wächter, Württ. Privatr. II. 283. Man spricht zwar auch hier mitunter von einer Consecration der Kirche; diese vollzieht sich jedoch lediglich in dem ersten Gottesdienst, der in besonders feierlicher Weise in der Kirche gehalten wird. Wernher, *princ. iur. eccles. sar.* c. 10 § 2. Hommel, *princ. iur. eccl. sar.* p. 149. Weber, Systemat. Darstellung des im Königr. Sachsen gelt. K. R. II. 619 N. 22. Fast jedes Lehrbuch des Deutschen Privatrechts und des Kirchenrechts hat dieses Unterschiedes der katholischen und protestantischen *res sacrae* gedacht.

[5] c. 9 X. 3, 49: *„ecclesiae, in qua divina mysteria celebrantur, licet adhuc non exstiterit consecrata, nullo iure privilegium immunitatis adimitur: quia obsequiis divinis dedicata nullius est temerariis ausibus profananda.“*

[6] Dies scheint auch Krieg aussprechen zu wollen, wenn er sagt: „Für heilig gelten jene (Gefäfse) einmal, weil sie Cultzwecken dienen, und dann wegen der ihnen ertheilten Consecration,“ Kraus'sche Encyclop. S. 581, und

Diese Qualität, welche die heiligen Sachen penetrirt, ist nun des Näheren zu bestimmen.

Die typisch gewordene Definition des heil. Ambrosius sagt: *„Benedictio est sanctificationis et gratiarum votiva collatio.“* [1] Diese Begriffsbestimmung, welche in *„collatio“* das positive *ex opere operato* bewirkte Ergebnifs des Weiheactes, und in *„votiva“* die dazu nöthige vermittelnde Thätigkeit der *preces ecclesiae* genügend hervorhebt, kennt zwei Wirkungen der *benedictio: sanctificatio* und *gratiae.*

Was zunächst die *sanctificatio* betrifft, [2] so haben wir hier die eine Seite jener Qualität, welche kraft der Weihe den Gegenstand durchdringt. Was haben wir aber unter dieser *sanctificatio,* oder wie die moderne Canonistik sich mit Vorliebe ausdrückt, *sanctitas interna* einer Sache, [3] zu verstehen?

Die Theologen reden mit Vorliebe von einem Fluch, der infolge des Sündenfalles auf der Natur laste, und der durch die Benedictionen gehoben werde. Wir müssen gestehen, dafs diese Auffassung uns stets unsympathisch war, und wir halten den Beweis für ihre Richtigkeit noch nicht für erbracht. Dieser angebliche Fluch, der auch von Probst [4] perhorrescirt wird, dürfte sich auf Folgendes reduciren. Infolge des Sündenfalles, durch welchen der Mensch die ungetrübte Herrschaft über die Natur verlor, kann der Böse die Natur gegen den Menschen gebrauchen. Dies haben wir uns so vorzustellen, dafs derselbe sich ihrer die Sinnlichkeit reizenden Erscheinungsweise bedient, oder ihre zerstörende Macht gegen ihn richtet. [5] Die Benediction nun, deren Elemente das Kreuzzeichen und der Name Jesus sind, will diese schädlichen Einflüsse vereiteln: *„sanctificatur enim per verbum Dei et orationem.“* [6]

---

ebend.: „die bischöfliche Consecration scheidet nämlich jene Gegenstände nicht nur förmlich von profanen Dingen aus und bestimmt sie für Gott, sondern verleiht ihnen auch eine neue Qualität.“

[1] *de benedict. patriarch. c. 2.*

[2] c. 16 D. 18: *„Benedictio enim sanctificationis traditio est.“*

[3] Bekanntlich haben die Waldenser die Möglichkeit geleugnet, dafs Sachen den Charakter der Heiligkeit annehmen. Vgl. dagegen A. Schmid, der christl. Altar, S. 311, und besonders Fluck, Liturg. I. 418 ff.

[4] S. 13, 14, 18, 99, 125. — [5] S. 60 f.

[6] I. Timoth. 4, 5.

Die *sanctificatio* oder Heiligung, welche in ihrem ersten Stadium immer nur die Entfernung des Unheiligen ist, vollzieht sich demnach hier in der Befreiung von dem durch die Sünde geschaffenen Einfluſs des Bösen.

Traten bis jetzt die Wirkungen der *sanctificatio* hier mehr negativ zu Tage, so haben wir nunmehr die positive Seite derselben zu betonen.[1] Der Mensch kann sich in besonderer Weise dem Dienste Gottes weihen. Das kann aber die vernunftlose Natur nicht, da sie der Gnade unfähig und ohne freien Willen ist. In der *benedictio* aber wird die ungetrübte Herrschaft des Menschen wiederhergestellt, und indem dieser der Sache seinen Willen substituirt, vollzieht sich die Vereinigung der Sache mit Gott. Wie sich zwischen geweihten Personen und Gott ein besonders enges Kindschaftsverhältniſs gestaltet, so tritt auch die geweihte Sache in die directeste und engste Beziehung zu Gott, welche nicht bloſs die Aufhebung eines profanen Gebrauchs zur Folge hat, sondern die Sache zu einer wirklich heiligen macht, d. h. mit der Qualität der Heiligkeit durchdringt. Wir haben hier, wie Amberger hervorhebt, „die Zu„wendung der Gnade der Erlösung an die unfreie Schöpfung, wo„durch der Zwiespalt zwischen Geist und Natur aufgehoben, die „Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes angebahnt wird."[2]

§ 43.

Die Wirkung der Gnade.

Die Ambrosianische Definition faſst ferner die *benedictio* auf als eine *collatio gratiarum*. Da aber, wie wir bereits betonten, eine Sache der Gnade nicht fähig ist, so bedarf es wohl kaum des Hinweises, daſs die *collatio gratiarum* und die *collatio sanctificationis* schon in ihrer Grundlage durchaus verschieden sind. Bei der letzteren ist sowohl Subject als Empfänger die *res sacra* selbst, bei der letzteren aber ist die Sache freilich noch Subject, „als Empfänger aber ist nur der Mensch anzusehen, da auch die Realsegnungen in näherer oder entfernterer Beziehung zu seiner Heiligung stehen."[3]

---

[1] Vgl. darüber Probst, 72 ff.

[2] Pastoraltheologie, 1036.

[3] Amberger, 1050. Fluck irrt dagegen, wenn er bei der Benediction von

Also auch hier haben wir wieder eine Heiligung, aber diesmal eine Heiligung des Menschen.

Wie haben wir uns dieses zu denken?

Die Benedictionen wirken nach der richtigen Ansicht *ex opere operato*, d. h. die *res sacrae* empfangen ihren Sacertätscharakter *(virtus habitualis)* unfehlbar und allein durch den Benedictionsact.[1] Aber die Benedictionen verleihen ja auch eine *virtus actualis*, d. h. sie sollen zu sittlichen Handlungen anregen. Probst sagt sehr treffend: „Man weiht nicht nur Wasser, um es zu weihen, sondern das geweihte oder die ihm durch die Weihe verliehene *virtus* soll wirken.“[2] Diese Wirkung freilich ist *ex opere operantis*, oder wie Bellarmin betont: die Wirkungen der Benedictionen für den Menschen haben ihre Kraft *ex devotione utentium.* „Sie sind die „Kanäle, durch welche die reinigende, heilende und heiligende Kraft „der Gnade von der Kirche in alle menschlichen Verhältnisse, so zu „sagen, in die Peripherie des menschlichen Lebens fortgepflanzt „wird.“[3]

Diese Heiligung tritt wiederum zunächst als Reinigung auf und zwar in doppelter, nämlich physischer und moralischer Weise. Was den ersten Punkt anlangt, so sprechen sich sowohl die Benedictionsformularien als die Theologen auf das Bestimmteste dahin aus, daſs die *res sacrae* Instrumente zur Verleihung und Erhaltung der Gesundheit sind.[4] Die reinigende Kraft der *res sacra* in moralischer Beziehung erklärt „das einstimmige Zeugniſs aller Theologen“ dahin, „daſs durch die Benedictionen und den Gebrauch benedicirter Gegenstände läſsliche Sünden vergeben werden.“[5] Ein altes und klares Zeugniſs dafür haben wir in einem auch im *corp. iuris canonici* aufgenommenen Briefe Alexanders.[6] Dieser reinigenden

---

Sachen den Menschen nicht bloſs als Empfänger der Gnade, sondern sogar als „eigentliches Subject“ der Benediction ansieht. I. 417.

[1] Vergl. über diese Streitfrage die klare Auseinandersetzung bei Probst, 53 ff.

[2] S. 57.

[3] Amberger, S. 1031. Vgl. auch Müller, Ueber das Privateigenthum an kath. Kirchengebäuden, 6 f.

[4] Probst, S. 63 f. Amberger, 1036. — [5] Probst, S. 65.

[6] c. 20 Dist. 3 *de consecr.: „Aquam sale conspersam populis benedicimus, ut ea cuncti aspersi sanctificentur et purificentur. Quod et omnibus sacerdotibus faciendum esse mandamus. Nam si cinis vitulae sanguine aspersus populum*

Wirkung, unter welcher die Theologen auch die Verzeihung zeitlicher Strafen begreifen, steht, wie oben, eine positive Mehrung zur Seite, welche Probst unter dem Gesichtspunkt einer „erleuchtenden Wirkung“ begreift.[1] Wir können uns der Aufgabe überheben, die verschiedenen Gestaltungen der von den Theologen mit dem frommen Gebrauch der *res sacrae* verknüpften Gnaden hier namhaft zu machen. Amberger zählt 14 verschiedene Arten, zum Theil sogar zusammengesetzter Wirkungen auf, unter welchen selbst die „Bekehrung der Ungläubigen“ nicht vergessen ist.[2]

Nach dem Gesagten steht fest: Der Sacralcharakter der heiligen Sachen ist theologischer und nicht juristischer Art. Es ist daher ein Irrthum, wenn Gitzler, offenbar in unzeitiger Erinnerung an das römische Recht, diesen als identisch erklärt mit „Unverletzbarkeit“,[3] und wenn er den Gegensatz zwischen dieser inneren *sanctitas* und der „äufseren Unverletzbarkeit“ der protestantischen *res sacrae* darin findet, dafs „die Verletzung dieser Sachen lediglich einen Aggravationsgrund bei der Bestrafung nach sich zieht.“

Uebrigens bedarf es wohl kaum des Hinweises, dafs wir in

---

sanctificabat atque mundabat: multo magis aqua sale aspersa, divinisque precibus sacrata, populum sanctificat atque mundat. Et si sale asperso per Helisaeum prophetam sterilitas aquae sanata est: quanto magis divinis precibus sacratus sal sterilitatem rerum aufert humanarum et coinquinatos sanctificat atque mundat, et purgat et cetera bona multiplicat, et insidias diaboli avertit et a phantasmatum versatiis homines defendit?“ Vgl. auch Thomas Aq. III. q. 83 art. 3 ad 3 u. q. 87 art. 3. Gretser, *de benedict.* II. c. 9. Amberger, 1037.

[1] S. 60 u. 67 ff.

[2] S. 1036 f. Vgl. in dieser Sache noch Hugo v. St. Victor, *de sacr.* l. 1 p. 9 c. 2. Thomas Aq. III. q. 65 art. 1 ad 6 u. 83 art. 3. Bellarmin, *de cultu sanct.* l. 3 c. 7. Gretser, *de benedict.* l. 2 c. 9. Quarti, *de process. eccles. etc. tom. 1 sect. 5 dub. 2.* Die Auffassung des letzteren ist für die neuere Theologie grundlegend geworden. Suarez (p. III. Dist. 15, q. 65 sect. 1) giebt den Grund der *benedictio* nüchtern und glaublich in folgender Weise an: *„ut ipse sacramentorum et sacrificii usus maiori cum reverentia ac devotione fiat, ut iuvent intellectus imbecillitatem, instruant rudes, moveant voluntatem, revocent in memoriam mysteria redemtionis, excitent fidem et nutriant reverentiam erga sancta mysteria eorumque dignitatem instillent.“*

[3] Handb. des K. R. 395: „Das katholische Kirchenrecht schreibt diesen (heiligen) Sachen eine innere *sanctitas,* Unverletzbarkeit zu, weshalb jede Verletzung derselben als ein *sacrilegium* zu bestrafen ist.“

der oben entwickelten rein liturgischen, also theologischen Frage, uns in der Hauptsache auf's Referiren beschränken mufsten. Dem Juristen fehlt hier in gleicher Weise Beruf und Fähigkeit zur kritischen Arbeit, und er ist berechtigt wie verpflichtet, die durch die Theologie entwickelten kirchenrechtlichen Begriffe einfach in dem Sinn zu nehmen, mit dem sie jene ausgestattet hat, und sie so seinem juristischen Aufbau zu Grunde zu legen.

§ 44.

Definition.

Res sacrae nach geltendem katholischen Kirchenrecht sind alle Sachen, welche mittels kirchlicher *consecratio* oder *benedictio constitutiva* mit der Qualität einer wirklichen Heiligkeit durchdrungen sind, in dieser sittlichen Werthsteigerung dem Menschen *ex opere operantis* Gnaden vermitteln und infolge ihrer erhabenen, durch den feierlichen Weiheact gesicherten, gottesdienstlichen Zweckbestimmung nach dem Willen des kirchlichen wie weltlichen Gesetzgebers dem profanen Gebrauch entzogen sind.

Hiermit ist die Ausscheidung der *res sacrae* im juristisch-technischen Sinne aus der grofsen Menge der von den Theologen sogenannten *res sacrae,* wie wir hoffen, bestimmt genug vollzogen, und dem Vorwurf, den Probst den Theologen machte,[1] und den Augusti[2] schon früher erhoben hatte, indem er den „Begriff von *res sacra*" für „ziemlich schwankend" erklärte, dürften wir nunmehr entgehen.

Vor Allem findet hier die Auffassung von Thomas v. Aquin keine Stelle, welcher alle sichtbaren Geschöpfe als Symbole des Uebersinnlichen für *sacra* erklärt.[3] Des Weiteren sind hier die Personen auf das Bestimmteste ausgeschlossen, und wenn kirchliche Gesetzesstellen[4] den Cleriker als *res ecclesiastica*[5] ansehen zu müssen,

---

[1] „Der Begriff des *res sacra* ist nach ihnen aber kein fester," S. 80.

[2] Handbuch der chr. Archäologie, III. 499.

[3] p. III. q. 60 art. 2 ad 1: „*Creaturae sensibiles significant aliquid sacrum, sc. sapientiam et bonitatem divinam, inquantum sunt in seipsis sacra, non autem inquantum nos per ea sanctificamur.*"

[4] Vgl. übrigens auch l. 1 pr. D. 43, 1.

[5] Martens, Die Beziehungen der Ueberordnung, Nebenordnung und Unterordnung zwischen Kirche und Staat 1877, S. 16.

oder Schels[1] die Regularen „ein besonderes Eigenthum Gottes" nennen zu dürfen glaubt, so ist das ein Gegenstück zu der Leistung von Schmidt (Sagan), welcher in der Sitzung des Preufsischen Abgeordnetenhauses vom 16. April 1875 unter »stürmischer Heiterkeit« des Parlamentes den Menschen in allem Ernste eine „göttliche Institution" nannte.[2] Auch die in Anlehnung an die canonistische Doctrin von Kreittmayr „ihrem Wesen nach" zu den *res sacrae* gerechneten „Sacramente und übernatürlichen Gaben"[3] gehören ebensowenig hierher, als *„per annexionem"* das *„ius patronatus"*[4] oder die *„potestas ordinis* und *iurisdictionis."*[5] Die weiteren Bedeutungen des vielgestaltigen Sachenbegriffs[6] sind überhaupt hier ausgeschlossen, und wir haben es nur mit den *res in specie sic dictae,* d. h. nur mit denjenigen Rechtsobjecten zu thun, „die weder Personen noch Handlungen der Menschen sind, sondern in solchen Dingen bestehen, deren Substanz oder Nutzen zu dem Vermögen eines Menschen gehört oder gehören kann."[7]

Wenn wir nunmehr noch einen Rückblick auf das römisch-heidnische Recht werfen: wie radical hat sich der Begriff der *res sacra* doch geändert! Von der *publica auctoritas* ist keine Rede mehr, und die Ausdrücke *consecratio* und *dedicatio* unterscheiden sich in nichts weiter, als dafs letzterer im Wesentlichen auf die Weihe der Kirchen und Altäre beschränkt erscheint[8] und eine besondere

---

[1] Die neueren relig. Frauengenossenschaften, 201 f.

[2] Stenogr. Bericht, S. 1269.

[3] *Compend. cod. Bavar. civil. 1768,* S. 52 f. Ebenso Emele, Ueber erlaubte und unerlaubte Saecularisation der Kirchengüter, 35.

[4] Kreittmayr. a. a. O.

[5] Gitzler, Handb. 373. Gegen diese Ausdehnung des Sachbegriffs schon Jacobson-Mejer, Herzogs Realencyclopädie VII. 742 (v. „Kirchengut").

[6] Vgl. besonders Brissonius, *de verb. signif. v. res.* Heumann, Handlexicon zu den Quellen des röm. Rechts. Heimbach sen. in Weiskes Rechtslexicon 462 ff. Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht II. § 5.

[7] Glück, Commentar, II. § 163. — Aehnlich Brinz, Pand. 2. Aufl. I. 451. Es ist dies die alte Definition: *„dicitur res omne id quod in bonis est vel esse potest,"* welche übrigens auch auf Sachen pafst, die wir nicht „Dinge" nennen können.

[8] Das *Pontificale Romanum* vermeidet die Bezeichnung *dedicatio* in allen anderen Fällen; übrigens besagt der Titel *„de ecclesiae dedicatione seu consecratione,"* dafs beide *termini* hier durchaus identisch sind.

Gebrauchsüberweisung bedeutet.[1] Die Weihe ist kein Rechtsact mehr, und ihre Wirkungen leiten sich nicht mehr von einem Volksbeschlusse her, sondern sind Ausflufs des *ordo.* Ihre *essentialia* sind keine symbolischen Entäufserungs- und Empfangshandlungen mehr, sondern Heiligkeit und Gnaden vermittelnde Cultusacte: *oratio, adspersio, turificatio, inunctio.* Der Bann der Gottheit in der *res sacra* ist gebrochen, und wir haben keine rituelle Execration mehr.[2] Freilich können und wollen wir nicht entscheiden, ob sich damit die liturgische Gesetzgebung nicht gleichzeitig auch eines Fehlers schuldig gemacht habe. Wir vermögen nämlich nicht den Zweifel zu unterdrücken, ob der Verlust eines lediglich durch rituelle Handlungen hergestellten Weihecharakters und Gnadengehalts einer Sache auf rein thatsächliche Weise herbeigeführt werden kann. Eine rituelle *consecratio* scheint eine rituelle *execratio* zu fordern. Doch wir wiederholen: uns fehlt Beruf und Lust zur Entscheidung dieser Frage, die wir recht gern den Theologen überlassen.

B. Das Kirchengut.

§ 45.

Der Stand der Wissenschaft.

Es ist eine vielverbreitete Ansicht, dafs das Kirchengut zu den *res sacrae* gehört. Schon l. 4 D. 48, 13 spricht von *„pecunia sacra, religiosa."* In dieser Beziehung ist auch der von Schulte publi-

---

[1] Barbosa, *ius eccl. univers. III. de consecr. § 1 nr. 1: Consecrare et dedicare sunt idem: sed dedicari ecclesia dicitur, quae consecratur eo quod ad Dei honorem vel Sanctorum sacra dicatur."*

[2] Diese ist vielmehr ausschliefslich thatsächlicher Natur, die *ipso iure* eintritt durch ein Verbrechen (bei Kirchhöfen, Kirchen u. Altären), durch die Zerstörung sowie infolge eines zum Zweck der Profanation vorgenommenen Rechtsgeschäfts, insbesondere des Verkaufs; c. 36 C. 16, q. 7 und c. 2 X. 3, 38 erwähnen allerdings einen Ritualact in der Wegnahme der Altarreliquien, — dieser ist aber nicht selbst Execration, sondern nur ein dieser vorausgehender Act, der aber auch als äufsere Folge erscheinen mag.

cirte[1] „*tractatus de sacrilegiis et immunitatibus*" sehr lehrreich: „*Res autem sacra hic accipitur non solum ecclesia vel sacerdos et cetera, quae per manus impositionem a sacerdotibus dei consecrantur, sed omnia tam mobilia quam immobilia, quae velut pretia peccatorum a fidelibus ecclesiae dei tradita sunt.*"[2] Die mittelalterliche Canonistik insbesondere hat es nicht verstanden, einen Unterschied der *res sacrae* und *bona ecclesiastica* begrifflich zu fixiren. Aber auch die Neuzeit ist nicht vorwurfsfrei,[3] nur faſst diese in Vertauschung der Oberbegriffe die *res sacrae* gemeinhin als einen Theil des Kirchengutes, nicht das Kirchengut als einen Theil der *res sacrae* auf. Deshalb ist auch der Titel der Uhrig'schen Abhandlung in der Tübinger Theol. Q.-S. 1878 „Germanismus in der kirchenrechtlichen Lehre vom Eigenthum am Kirchengut" falsch gewählt, denn diese behandelt nur die *res sacrae*. Auch der »preuſsische Jurist« (P. Reichensperger) meint in seinem „verfassungsmäſsigen Recht der Kirchen in Preuſsen" (abgedruckt im Archiv 1864): „Jenes Kirchenvermögen tritt nun zunächst in zwei Hauptformen hervor, als *res sacrae* ... und als *bona ecclesiastica*,"[4] und Behaghel nennt die *res sacrae* wegen ihrer

[1] Ueber drei in Prager Handschriften enthaltene Canonensammlungen, Wien 1868 (Sitzungsber. Bd. 57, S. 182–194).

[2] S. 184. Vgl. auch Schulte, Quellen 395 ff. System, 405 ff. Jurist. Persönlichkeit, 4 und Poschinger 274 N. 8.

[3] Mooren, Ueber Eigenthum der Kirchhöfe, 34, 45 übersetzt „Kirchengut" geradezu mit „*res sacrae*; und auch S. 42 heiſst es „Kirchengut (man gestatte diesen Ausdruck für: *res sacra*)." Die Bestimmungen des Fürsterzbischofs von Wien vom 2. Juli 1860 über die Verwaltung des Gotteshaus- und Pfründevermögens in der Erzdiöcese Wien (abgedruckt im Archiv 9, S. 323 ff.) beginnen mit dem Satz: „Die Kirchengüter sind eine Gott geweihte Sache." Ebenso meint Lehmkuhl (Stimmen aus Maria Laach, VIII. 517): „Das Kirchengut hat endlich eben als solches eine Weihe, es gehört in die Klasse der heiligen Gegenstände, deren Verletzung nach der Ueberzeugung aller christlichen Jahrhunderte Gottesraub ist."

[4] S. 24. Ebenso zählt Silbernagl unter der Aufschrift „Gegenstände des Kirchenvermögens" zu den „Kirchengütern" die „*res sacrae*" und die „bloſsen kirchlichen Sachen, *res ecclesiasticae*, welche mittelbar zu kirchlichen Zwecken dienen, wie das kirchliche Einkommen" (Lehrb. 573). Ebenso Phillips, Lehrb. 3. Aufl. 482. Gräff, das Eigenthum der kath. Kirche, 21.

Extracommercialität „wesentliches Kirchengut."[1] Gemeinhin unterscheidet man dann zwischen Kirchengut „im weiteren Sinn", oder „*in genere*", und Kirchengut „im engeren Sinn", oder „*in specie*",[2] und es ist nur eine vereinzelte Erscheinung, wenn der Heidelberger evang. Kirchengemeinderath in seiner gegen den bad. Stiftungsgesetzentwurf gerichteten Vorstellung an die beiden Kammern mit fälschlicher Berufung auf Jacobson (das evang. Kirchenrecht § 166 f.) die *res sacrae* in Verbindung mit den *res ecclesiasticae* als „Kirchenvermögen im engeren und eigentlichen Sinne des Wortes" den *res religiosae, piae causae,* oder „dem Kirchenvermögen im weiteren und uneigentlichen Sinne" gegenüberstellte.

Alles dieses ist falsch. Das Kirchengut brachte man unter den Titel der *res sacrae,* um ihm die Privilegien und den besonderen Schutz der *res sacrae* möglichst sicher zuzuwenden. Das zeigt sich ganz deutlich in dem oben citirten *tractatus,* der die Schädigung des Kirchenguts mit den Strafen des *crimen sacrilegii* bedroht sehen will und deshalb durch ein „*hic accipitur*" dasselbe dem Titel der *res sacrae* unterstellt. So operirte aber nicht bloſs die Doctrin, sondern auch die Gesetzgebung. Diese wandte auf das Kirchengut ganz dieselben schutzrechtlichen Bestimmungen betr. Veräuſserung, Verpfändung u. s. w. an:[3] was stand da im Wege, das als *res*

---

[1] Das bad. bürgerl. Recht, 2. Aufl. I. 305, 307.

[2] Vgl. Hoffmann, Versuch einer Darstellung des in den Sächs. Herzogthümern geltenden Kirchenrechts, 222. Helle, das kirchl. Vermögen, 7. Vering, Kirchenrecht, 2. Aufl. 774. Brinz, Pand. II. 1046, 1051. Jacobson, das evang. K. R. 646. Hirschel, das Eigenthum an den kath. Kirchen, 1867 S. 117 u. a.

[3] Vgl. insbesondere l. 14 C. 1, 2 in Verbindung mit l. 21 h. t. Schon Gierke (III. 180 N. 173) macht anläſslich der ersten *lex* die Bemerkung, es klinge hier fast, „als sollten auch die *res ecclesiasticae* zu *res sacrae* im alten Sinne werden." In der erwähnten lex 21 § 4 stehen die „*ecclesiastica*" und „*sacra*" auf derselben Stufe: „*Locum autem habent praedicta in iis quae sunt ecclesiastica et sacra aliquando futura.*" In der Nov. 65 wird die Veräuſserung eines der Kirche von Mysien hinterlassenen Grundstückes gestattet „*ad imitationem legis quae super sacrosanctis vasis alienandis lata est.*" Die Bemerkung Loenings (Geschichte des Deutsch. K. R. I. 220) ist richtig: „Grundstücke, die nicht geweiht sind, und geweihte Gefäſse werden rechtlich gleich behandelt." Rücksichtlich der neueren Gesetzgebungen vergl. man das preuſs. allgem. Landr. II. tit. 11 § 179 ff. u. § 219 ff. Für Sachsen, Weber, Systemat.

sacra behandelte Kirchengut auch so zu benennen![1] Der Fehler der Neuzeit hat hauptsächlich darin seinen Grund, dafs quellenmäfsig wie wissenschaftlich zwischen die *bona ecclesiastica* und die *res sacrae* ein neuer Begriff, nämlich die *res ecclesiasticae*, eingeschoben wurde.[2] Dafs dieser Begriff von dem der *bona ecclesiastica* verschieden ist, ergiebt sich aus der Auffassung des canonischen Rechtes, wonach der Cleriker wohl zu den *res*, aber nicht zu den *bona ecclesiae* zählt.[3] Diese *res ecclesiasticae* fafst aber die ganze neuere und neueste Canonistik als identisch mit Kirchenvermögen oder Kirchengut,[4] also *bona ecclesiastica*, auf,[5] und da diese einen gewissen sacralen Beigeschmack noch nicht allgemein eingebüfst hatten, erschienen die *res ecclesiasticae* als geeigenschaftet, wie man gerade benöthigt war, bald als *res sacrae*, bald als *bona ecclesiastica* aufzutreten. Dies geschieht sogar

Darstellung des im Königreich Sachsen geltenden Kirchenrechts II. 608 ff. Deshalb hat aber auch die in II. 622, N. 30 gemachte Bemerkung von der Verschiedenheit der *res sacrae et ecclesiasticae* bezüglich der „Veräufserung" keinen Sinn.

[1] In der *lex Rom. Visigot. Gai. Instit. IX. (II.[1]), § 1* heifst es daher: „*Divini iuris sunt ecclesiae . . . vel ea patrimonia ac substantiae, quae ad ecclesiastica iura pertinent.*"

[2] Dies geschieht schon in der Nov. 7.: „*ne res ecclesiasticae alientur, aut permutentur, aut creditoribus in specialem hypothecam dentur, sed ut hi hypothecis generalibus contenti sint,*" beispielsweise im Epilog.: „*haec lex de ecclesiasticarum vel omnino rerum ptochicarum alienatione lata.*" Desgl. die Nov. 120: „*de alienatione et emphyteusi rerum ecclesiasticarum.*"

[3] Vgl. auch Mooren, Eigenthum der Kirchhöfe, S. 31: „Es kann noch immer zweifelhaft sein, ob Kirchen und Kirchhöfe unter Kirchengut zu begreifen sind. Kirchen und Kirchhöfe sind allerdings kirchliche Sachen oder Objecte *(res ecclesiasticae)*. So viel bekannt, hatte Niemand noch bis dahin sie den kirchlichen Gütern beigezählt." Dies thut er dann freilich selbst ganz unbedenklich S. 34, 42 u. 45.

[4] Das Verhältnifs dieser beiden Begriffe ist dieses: Das Vermögen einer Person ist der Inbegriff der einer Person zugehörigen Güter (Schlofsmann, der Vertrag 298 f. und Knies, das Geld 97) und ward daher von den Römern durch „*bona*" ausgedrückt.

[5] Helle, 7 übersetzt „Kirchengut" geradezu durch „*res ecclesiasticae*"; ebenso Jacobson, Evang. K. R. 646; Ratzinger, Gesch. der kirchl. Armenpflege, S. 129[4]. Hoffmann. Versuch einer Darstellung des in den Sächs. Herzogthümern geltenden K. R. 222, definirt: „Diejenigen Sachen, Güter und Rechte, welche

noch bei Poschinger,[1] der sich in dieser Frage doch bereits dem Bann der herrschenden Ansicht ziemlich entzogen hatte. So trägt dieser verschwommene und unfafsbare Begriff der *res ecclesiasticae* einen guten Theil Schuld an der heutigen Verwirrung. Er war das Nivellirungsmoment zwischen den Begriffen der heiligen Sache und des Kirchenguts, oder mathematisch gesprochen, die dritte Gröfse, welcher zwei andere gleich waren, die somit auch unter sich gleich sein mufsten. Diese Auffassung mufste besonders darin eine Stütze finden, dafs man der *consecratio-benedictio* lange Zeit auch eine bürgerlich-rechtliche Bedeutung beimafs und dafs in den meisten Fällen die *res sacrae* wirklich zum Kirchengut gehören.

§ 46.

Der Sacral- und Kirchengutsbegriff.

Kirchengut und *res sacrae* sind zwei wesentlich verschiedene Begriffe. Mommsen macht für das römische Recht darauf aufmerksam, dafs „als Göttergut in der Regel nur das Götterhaus be„handelt (wurde) nebst der Bildsäule, seit es deren in den Tempeln „gab, und dem heiligen Geräth; nicht aber jeder Platz, der dauernd „für sacrale Zwecke bestimmt ist, noch weniger das werbende Gut, „mit dessen Ertrag die Opferthiere angeschafft, die Priester er„halten wurden."[2] Was hier Mommsen »Göttergut« nennt, ist,

---

einer Kirche oder einem besondern kirchlichen Körper angehören, nennt man überhaupt K i r c h e n s a c h e n." Weber, Systemat. Darstellung des im Königr. Sachsen gelt. Kirchenrechts II. 609. Phillips, Lehrb. 3. Aufl. 482. Gräff, das Eigenthum der kath. Kirche, 21. Hirschel, das Eigenthum der kath. Kirche, 1. Siebenhaar, Sächs. Privatr. 1872, S. 71. Richter-Dove (Lehrbuch 7. Aufl. 1105 und 1107).

[1] Der Eigenthümer am Kirchenvermögen, S. 231.

[2] Staatsr. II. 59. Auch S. 61 beschränkt er das Göttergut auf die Cultgegenstände und unterscheidet davon „das für Cultzwecke bestimmte und deshalb factisch von dem sonstigen Staatsvermögen separirte Gemeindegut." S. 58 sagt er: „Das Tempelgut im weiteren Sinn zerfällt in zwei durchaus verschiedene Bestandtheile, das eigentliche Göttergut und das für sacrale Zwecke bestimmte Staatsgut." Eine praktische Consequenz davon ist es, wenn die heiligen Tempelhaine auch zur Viehweide verpachtet wurden (Mommsen II. 59). Diese Auffassung

genau besehen, das *sacrum*, denn der von Mommsen citirte Festus (p. 321) verneint nur deshalb die Sacertät eines für sacrale Zwecke bestimmten Platzes, weil bei einem Orte, „*ubi ea sacra privata facienda sunt*," die rechtlichen Voraussetzungen des *sacrum* fehlen. Also schon im römischen Recht ist Tempelgut und *res sacra* begrifflich geschieden. Im höchsten Grade interessant ist in dieser Richtung die *lex* der *aedes Jovis Liberi in Furfo (C. I. L. I. n. 603 lin. 7)*.[1] Diese Tempelordnung gestattet die Verwerthung *(venum dare)* der Weihegeschenke (*quod ad eam aedem donum datum donatum dedicatumque erit)*; dadurch wird selbstverständlich die *res sacra* profanirt *(ubi venum datum erit, id profanum esto)*, wie auch das erlöste Geld profan ist und profan bleibt, selbst wenn es wieder zum Erwerb anderer Weihegeschenke verwandt wird *(quae pequnia ad eas res data erit, profana erit)*. Die so erworbenen Tempelgeräthe aber werden wieder *sacrum*, zum wenigsten den *res sacrae* gleichgesetzt *(quod emptum erit aere aut argento — eis rebus eadem lex esto, quasei sei dedicatum sit)*.

Dieser scharfe römisch-rechtliche Unterschied zwischen Tempelgut und *res sacrae* besteht auch im neueren Recht. Der Charakter der *res sacra* wird existent durch die *consecratio-benedictio* und besteht in einer wirklichen Heiligkeit, kraft deren sie dem Menschen *ex opere operantis* Gnaden vermittelt. Keine dieser Bestimmungen

theilt Loening, Gesch. des Deutsch. K. R. I. 216 f., sie wird auch schon von Savigny, System II. 263, vertreten. Vgl. auch Marquardt, III. 142 ff.; Gierke, III. 63. Ferner Brinz, Pand. II. 1044 f.: „Als eine Thatsache dürfen wir hervorheben, dafs es Güter und Gütermassen gab, welche für religiöse Zwecke gehörten, ohne sacral und *extra commercium* zu sein. Ein derartiges Vermögen mufste sich ergeben haben, wenn einer von den Göttern, welche . . . Erbfähigkeit erlangt hatten (Ulpian XXII. 6), zu Erben eingesetzt oder mit Vermächtnissen bedacht wurden (Gai. II. 287)."

[1] „*Sei quod ad eam aedem donum datum donatum dedicatumque erit, utei liceat oeti venumdare. Ubei venum datum erit, id profanum esto. Venditio locatio aedilis esto, — — alis ne potesto. Quae pecunia recepta erit, ea pecunia emere conducere locare dare, quo id templum melius honestiusque seit, liceto. Quae pequnia ad eas res data erit, profana esto, — — quod emptum erit, aere aut argento — eis rebus eadem lex esto, quasei sei dedicatum sit.*" Vgl. darüber Mommsen (Staatsr. II., S. 59) und Marquardt (III. 146).

[2] Pand. II. 1061: „Entscheidend für das Kirchenvermögen ist die Kirchlichkeit des Zwecks."

findet auf das Kirchengut Anwendung. Wie nun freilich der Begriff des Kirchengutes positiv zu formuliren sei, das scheint bei weitem nicht so leicht, als man bis jetzt anzunehmen scheint. So viel ist uns wenigstens aufser allem Zweifel, dafs die bisherigen Definitionen verkehrt sind. Es ist nämlich herrschende Ansicht in der heutigen Wissenschaft, dafs das entscheidende und einzige Criterium des Kirchenguts die Kirchlichkeit des Zweckes sei.[1]

§ 47.

Die Zweckformulirungen.

Die Zweckformulirungen haben auch in den Kammern und Gesetzgebungen Eingang gefunden. Um die älteren Friedensinstrumente und Verfassungen hier ganz unerwähnt zu lassen, bestimmt das preufsische Kirchenvermögensverwaltungsgesetz v. 20. Juni 1875 im § 3: „Zu dem kirchlichen Vermögen im Sinne dieses Gesetzes gehören:

1. Das für Cultusbedürfnisse bestimmte Vermögen . . .
2. Die zu irgend einem sonstigen kirchlichen Zwecke . . . bestimmten Vermögensstücke.
3. Die Erträge der durch kirchliche Organe zu kirchlichen, wohlthätigen oder Schulzwecken . . . veranstalteten Sammlungen.
4. Die zu kirchlichen, wohlthätigen oder Schulzwecken . . . bestimmten . . . Stiftungen."

Das gemeinsame dieser 4 Kategorien fafst der § 4 Abs. 2 dann dahin zusammen, dafs das hier genannte Vermögen „zu kirchlichen Zwecken bestimmt" sei.[2] Freilich schwächt das Gesetz diese einseitige

[1] Es ist überflüssig, dafür Belege anzuführen. Wir wollen nur darauf hinweisen, dafs sich nur von hier aus auch die merkwürdige, von Ratzinger aufgestellte Ansicht begreift: „In den ersten 6 Jahrhunderten kannte man kein Kirchenvermögen, die stereotype Bezeichnung für dasselbe war *patrimonium pauperum*" (Geschichte der kirchl. Armenpflege, 229). In der Anm. 3 spricht er sich dann dahin aus, dafs er damit „nicht an ein formelles Eigenthum der Armen" denke: „Die Bezeichnung »Armengut« wurde nur von dem vorzüglicheren Zwecke des Kirchenvermögens hergenommen." Auch die moderne göttliche Proprietätstheorie beruht auf dieser falschen Formel.

[2] „Unter kirchlichem Vermögen im Sinne dieses Gesetzes ist dasjenige nicht begriffen, welches zwar zu kirchlichen Zwecken bestimmt, aber unter

Begriffsformulirung dadurch ab, dafs es dieselbe auf „dieses Gesetz“ beschränkt, wodurch es principiell als zulässig erklärt ist, dafs im Sinne der Verwaltung der Kirchenvermögensbegriff ein anderer ist als bezüglich des Eigenthums. Dafs diese letzte Bestimmung aber nur eine theoretische Bedeutung hat, geht am besten aus dem Gesetz v. 22. April 1875, betr. die Einstellung der Leistungen aus Staatsmitteln für die römisch-katholischen Bisthümer und Geistlichen, hervor, welches sich mit seinen tief einschneidenden Bestimmungen auf denselben Standpunkt stellt: „Zu den Staatsmitteln gehören auch die unter dauernder Verwaltung des Staates stehenden (kirchlichen Zwecken gewidmeten) besonderen Fonds.“[1]

In derselben Auffassung ist das badische Stiftungsgesetz vom Jahre 1870 befangen.[2] Dieses bestimmt in Anlehnung an die übliche Terminologie im § 3: „Als kirchliche Stiftungen sind alle diejenigen zu betrachten, deren Vermögen zur Befriedigung kirchlicher Bedürfnisse einer Religionsgemeinschaft bestimmt ist.“[3] Hierzu bemerkt Grimm in dem Commissionsbericht der 2. Kammer, S. 27: „Mit Recht (?) geht der § 3 der Gesetzesvorlage von dem Grundsatze aus, dafs der Zweck einer Stiftung einzig und allein über deren Natur, ob kirchlich oder weltlich, zu entscheiden hat.“[4] Grimm sagt zwar ebensowenig als die Motive — das ist insbesondere gegen die Denkschrift des Freiburger Capitelsvicariats, S. 8, festzuhalten — dafs der Zweck Rechtsträger sei, er folgt vielmehr der durch Unger herrschend gewordenen Ansicht, welche „einen leblosen Gegenstand eine Vermögensmasse — zum Inhaber von Rechten macht.“[5] Wohl aber meint er in Uebereinstimmung mit den Motiven (S. 15), „dafs verschiedene Zwecke ver-

---

dauernde Verwaltung des Staates oder der bürgerlichen Gemeinden oder Communalverbände gestellt ist.“

[1] Vgl. auch das Gesetz vom 11. Mai 1873, Ueber die Vorbildung und Anstellung der Geistlichen, § 13 u. 18, Abs. 3.

[2] Ebenso schon das badische Kirchengesetz vom 9. Octbr. 1860 § 10 u. a. Ferner die L. VO. v. 26. Novbr. 1861 und 28. Febr. 1862.

[3] Vgl. auch die Motive, S. 15, welche es als »Grundsatz« bezeichnen, „dafs schlechthin der Zweck über die weltliche oder kirchliche Natur der Stiftung zu entscheiden habe.“

[4] Vgl. auch S. 17, 36, 38, 39.

[5] S. 27.

schiedene Rechtssubjecte bedingen,"[1] und das kommt der ersten Auffassung sehr nahe. Dafs auch der durch Herrmann erstattete Commissionsbericht der ersten Kammer trotz seiner erheblichen und verbessernden Abänderungsvorschläge dem Satz, dafs die Natur des Stiftungsvermögens durch dessen Zweck bestimmt wird, beipflichtete, geht aus verschiedenen Aeufserungen, besonders aber aus den S. 437 aufgeführten Amendements, hervor.

Prestinari machte dem erwähnten Gesetzentwurf in seinem Aufsatz: „Die kirchlichen Stiftungen und der Gesetzentwurf über die Rechtsverhältnisse und die Verwaltung der Stiftungen,"[2] und in der auf eine »Entgegnung« Loenings erfolgten Replik[3] zwar ernstliche Opposition, aber auch bei ihm ist der Zweck allein bestimmend für den Charakter der Fonds,[4] damit aber in Wahrheit der Gesetzentwurf gerechtfertigt. Zu welchen Irrungen schon die einseitige Zweckbetonung geführt hat, ersieht man am besten aus *Filliuci de statu clericorum tract. 44, c. 3 § 1 nr. 2: „Is, in cuius usum vel „cultum aliquid absolute attribuitur et destinatur, eo ipso dominus „illius est, si dominii capax est . . . bona ecclesiastica sunt attributa „et omnino destinata in usum et cultum Dei et Christi et hi dominii „capaces sunt (!); ergo illorum domini sunt."*[5]

Auch Maas und das Erzbischöfliche Capitelsvicariat in Freiburg hatte in seiner anläfslich des vorerwähnten Gesetzentwurfes verfafsten Denkschrift den Satz aufgenommen, dafs der Zweck das Rechtssubject der »juristischen Personen« sei. Es ist uns unbegreiflich, wie die Denkschrift in demselben Athemzug diesen Satz vertheidigt und die Zweckformulirungen der Vorlage bekämpfen will:[6] sie geht ja noch weiter als die Vorlage. Wir halten die diesbezüglichen Ausführungen für den dunkelsten Punkt der Denkschrift und haben für die Halbheit, wonach „der Zweck der Stif-

---

[1] S. 39. Vgl. auch S. 74.

[2] Zeitschrift für bad. Verwaltung 1869, S. 273 ff.

[3] a. a. O. 301 ff. — [4] a. a. O. 274, 276.

[5] Müller, Ueber das Privateigenthum an den kath. Kirchengebäuden, 12, sagt hierzu sehr treffend: „Dann ist nicht abzusehen, warum z. B. ein Staatsmann, der noch bei seinen Lebzeiten durch Standbilder gefeiert wird, nicht auch der Eigenthümer dieser Ehrensäulen sein soll."

[6] S. 21.

tung erst in zweiter Linie über ihre sogenannte weltliche oder kirchliche Natur entscheiden soll," [1] erst recht keinen Sinn.

Hier war ein wunder Fleck der Vorlage, hier hätte die Opposition mit Erfolg einsetzen können. Dafs sie dies nicht gethan, wollen wir ihr freilich nicht zum Vorwurf machen; dieser fällt vielmehr auf die canonistische Wissenschaft zurück, welche bis zur Stunde den Begriff des Kirchenguts (und der kirchlichen Stiftung) noch nicht richtig zu formuliren gewufst.

§ 48.

Die richtige Formulirung.

Sowohl körperliche wie unkörperliche Personen können Vermögen besitzen. Bei beiden beruht die charakteristische Natur des Vermögens darin, dafs es gerade Vermögen dieser oder jener Person ist, dafs es gerade durch deren Willen rechtlich beherrscht ist. Der Vermögensbesitz körperlicher Personen pflegt durch Genetivbezeichnungen (das Gut des N.) und nur im Falle einer complicirteren Vermögensverwaltung durch adjectivische Benennungen (das fürstlich N.'sche Gut) ausgedrückt zu werden. Die Verwaltung ist aber nirgends complicirter als bei unkörperlichen Personen: so nennt man auch das Vermögen der Kirche kirchliches oder Kirchenvermögen. Was ist daher das Kirchenvermögen?. Es ist die Vermögensmasse, welche die Kirche — ob als Corporations- oder Anstaltsganzes, ob als Gesammtkörper oder in particularer und localer Gliederung, ist hier einerlei — zu Eigenthum besitzt.[2] Wesentlich ist, dafs dieses Gut durch den kirchlichen Willen beherrscht ist; zu welchen Zwecken dieser Wille sein Vermögen verwendet, liegt aufserhalb des Begriffes dieses Vermögens.[3] Wir haben bei einer andern Gelegenheit schon betont, dafs

---

[1] S. 21 u. 32.

[2] Das sächsische Regulativ, betr. die Verwaltung des Kirchenvermögens v. 11. August 1813, § 1: „Unter Kirchenvermögen . . ist hier alles und jedes Eigenthum der Kirche zu verstehen." Codex des Kirchen- und Schulrechts, 2. Aufl. 232.

[3] So sagt auch Hirschel — allerdings in anderem Zusammenhang: „Aus der Bestimmung, welche eine Sache erhalten soll, kann man wahrlich nicht

auch das Vermögen der körperlichen Person im gewissen Sinne Zweckvermögen ist, indem es ausschliefslich den Zwecken dieser Person dient. Spricht man aber deshalb von einem Zweckvermögen? Ob dieser Zweck zum Schutz gegen die Verwaltung — mehr oder weniger fest umrahmt ist, ändert an dem begrifflichen Charakter des Vermögens gar nichts, dieser beruht vielmehr stets und ausschliefslich darin, dafs das Vermögen nur durch diesen oder jenen Willen rechtlich beherrscht wird. Mag sich die richterliche Ueberzeugung bei der Entscheidung der kirchlichen Eigenthumsqualität einer Stiftung nach Lage des Falles immerhin auf eine unbestrittene kirchliche Zwecksetzung stützen — das ist eine *praesumtio facti.* Die Bedeutung einer *praesumtio iuris* oder gar eines juristischen Substantialrequisits darf der Zweck niemals erlangen.

Zu welchen Absurditäten das Zweckcriterium führt, zeigt am besten die Ueberlegung, dafs auch Vermögen, das aufserhalb der Kirche seinen Rechtsträger hat, mitunter zu kirchlichen Zwecken verwendet wird; insbesondere geschah dies im Mittelalter, wo das weltliche Privateigenthum an den Kirchen mit Annexen noch häufiger vorkam als heute. Wird dieses Vermögen aber dadurch Kirchengut? Brinz scheint darauf die Antwort zu geben, wenn er anerkennt, dafs das Kirchenvermögen „auch aufserhalb der Kirche vorkommt, ja dafs für gewisse Zwecke, für die sonst ein Theil des kirchlichen Vermögens sorgte oder gehörte, nunmehr weltliches Vermögen eintritt.“ [1] So kommen wir dann zu dem Resultat: Kirchengut ist

---

auf die rechtliche Natur schliefsen, in welcher diese Sache ihrer Bestimmung dienen soll.“ (Das Eigenthum an den kath. Kirchen nach franz. Rechte, S. 42.) Vgl. auch Prestinari in der Zeitschr. f. bad. Verwaltung, 1869, S. 280 und 319 und Müller, Ueber das Privateigenthum an kath. Kirchengebäuden, 124 f.

[1] Pand. (II. 1061). Solche Güter gab es im M. A. sehr viele, indem z. B. „Krongut, ohne aufzuhören solches zu sein, kirchlichen Zwecken gewidmet wurde.“ Loening, Geschichte des deutsch. K. R. II. 668. Hierher gehörten auch vor allem die im Reichseigenthum stehenden Kirchen. Vgl. Ficker, Sitzungsber. der phil.-histor. Cl. der Wiener Akad. der Wissensch. Bd. 72, S. 86 ff. Umgekehrt war es im M. A. üblich, sein Eigen unter Vorbehalt des Nutzgenusses als Precarie, um des Kirchenschutzes theilhaftig zu werden, der Kirche zu übertragen (vgl. Roth, Gesch. d. Beneficialwesens, 250, 256, 265). Solche Güter standen also im kirchlichen Eigenthum, dienten aber weltlichen Zwecken.

weltliches Gut, oder weltliches Gut ist Kirchengut. Der erste Theil dieses Satzes enthält zwar nichts Neues — denn ihn entdeckte schon die französische Revolution — aber hier ist er doch überraschend und von Brinz gewifs nicht gewollt; den zweiten Theil aber glaubt kein Mensch, am wenigsten sicherlich Brinz. Wenn Brinz — vielleicht im Gegensatz zu seiner eigenen Theorie [1] — das »Staatsvermögen« definirt als „das für den Staat . . . gehörige Vermögen,“ [2] so verlangt es die Consequenz, das Kirchenvermögen aufzufassen als das für die Kirche gehörige Vermögen; dann ist aber auch nicht mehr „entscheidend für das Kirchenvermögen die Kirchlichkeit des Zweckes, sondern der kirchliche Charakter des Eigenthümers, nicht zwar so, als ob nun auch jegliches Vermögen des Clerikers Kirchengut wäre, vielmehr beschränkt sich dieser Clericalbesitz auf dasjenige, was eine k i r c h l i c h e P e r s o n als kirchliches Institut oder Corporation besitzt. Dieser Fall findet, soweit wir sehen können, eine besondere Anwendung nur auf einige nordamerikanische Staaten und England, wo, wie sich aus der vortrefflichen Monographie Rüttimanns: „Kirche und Staat in Nordamerika“ ergiebt, die Entwicklung der Stiftungen eine ganz eigenartige Wendung genommen hat. „Den Ameri„kanern und Engländern ist zwar das Wesen der Stiftung *(charity)* „ganz geläufig, hingegen diese eben bezeichnete juristische Construction „derselben kennen sie nicht. Sie personificiren weder den Zweck, „noch das Vermögen, sondern das Organ der Stiftung, die Curatoren „oder Trustees. Es lehnt sich eben im englisch-amerikanischen „Rechte die Lehre von den Stiftungen aufs engste an die Lehre „von den *trustees* an.“ [3] Nach dem *legal title* (nominell) ist hier

---

So bestimmt auch der Württemb. Landtagsabschied v. 1565 (Reyschers Ges.-Sammlung II. 126), dafs das Kirchenvermögen bei einem Ueberschufs „mit Rath gemeiner Landschaft zu Trost, Schutz, Schirm von Land und Leuten und andern dergleichen gottgefälligen nothwendigen Ausgaben“ verwendet werde. Vergl. darüber auch Eisenlohr (Württemb. Gesetzessammlung VIII. Einleitung 111). Ferner v. Poschinger 323, N. 9.

[1] Das Urtheil hierüber hängt ab von der Interpretation des „f ü r . . . gehören.“

[2] S. Pand. (II. 1024).

[3] S. 136. Von hier aus begreift man die Klugheit der von Gregor XVI. bestätigten Entscheidung der *Sacra Congregatio de propaganda fide* v. 15. Decbr. 1840 für die vereinigten Staaten Nordamerikas. (Vergl. v. Poschinger, 301, Hirschel, Archiv, 34 S. 71.)

also der *trustee* Eigenthümer, und es ist nicht ausgeschlossen, dafs *trustee* und Beneficiat dieselbe Person ist: er ist dann Eigenthümer zu seinem Besten und für seine Zwecke.

Dafs nicht der Zweck, sondern die Rechtsträgerschaft das unterscheidende Criterium der Gütermassen ist, zeigt schon das alltägliche Leben. Man sieht es aber auch an folgendem Fall: wird einer Corporation ein Vermögen zugewandt mit der Auflage, dasselbe in einer gewissen stiftungsmäfsigen Weise zu verwenden, so ist dasselbe Corporations- und nicht Stiftungsgut, weil es der Corporation zu Eigen bleibt, und wenn z. B. ein Domcapitel ein Hospiz errichtet, dann ist Haus und Einrichtung Corporations- und nicht Stiftungsvermögen, wie auch das durch den Privaten erbaute Spital trotz seines Stiftungszweckes Privateigenthum des Erbauers bleibt.[1]

§ 49.

Fortsetzung und Schlufs.

Unsere Auffassung geht also dahin: Kirchengut ist der Vermögenscomplex, dessen Rechtsträger die Kirche resp. ein kirchlicher Corporations- oder Anstaltswille ist.[2] Eine principielle Scheidung zwischen Kirchenvermögen und kirchlichem Stiftungsgut im Sinne des durch Herrmann erstatteten Commissionsberichtes zum badischen Stiftungsgesetz[3] giebt es nicht, sonst könnten wir auch das Pfarr-

---

[1] Das giebt selbst Brinz trotz seiner Zwecktheorie zu (Pand. 1056 f. 1037). Vgl. auch Förster-Eccius (Preufs. Privatr. 1883 IV. 755) und Dernburg (Preufs. Privatr. 1884, I. 110 f.)

[2] Schreiben des preufs. Just.-Minist. v. 8. Febr. 1833 (Erläuterungen des A. L. R. zu § 772, tit. 11 Thl. II.): „Der Inbegriff der Güter einer Kirche bildet das Kirchenvermögen."

[3] S. 425 u. a. anderen Orten. Das preufs. Kirchenvermögensverwaltungsgesetz vom 20. Juni 1875 zählt dagegen im § 3 N. 4 mit Recht die kirchlichen Stiftungen zum Kirchenvermögen. — Jedes kirchliche Stiftungs-, Pfarr- und Pfründegut ist Kirchenvermögen, aber nicht umgekehrt jedes Kirchenvermögen auch Stiftungsgut etc. Die Verschiedenheiten des Kirchenvermögens ergeben sich aus der verschiedenen Rechtsträgerschaft, die gemeinsame Rubricirung (Kirchenvermögen im weiteren Sinne) dagegen ist Folge des eigenthümlichen

und Pfründegut nicht zum Kirchenvermögen rechnen. Auch die Stiftung wird durch den kirchlichen Willen getragen und findet von diesem Grund aus ihre Vertretung. Aus dem Fundamentalsatz, dafs in der Stiftung der erstarrte und für immer in eine festbestimmte Richtung gebannte Stifterwille, und in der Corporation der biegsamere und mehr von den Verhältnissen abhängige collectivische Einheitswille Rechtsträger ist, und dafs ferner der Zweck hier weiter und enger gesteckt sein kann, begreifen sich die von Herrmann erwähnten Verschiedenheiten des Kirchen- und kirchlichen Stiftungsvermögens vollauf, wie auch von hier aus bereits die Thatsache verstanden werden kann, dafs das Vermögen der durch ihren bewundernswerthen Conservativismus bekannten katholischen Kirche meistens als Stiftungsgut vorkommt.

Die gesetzgeberischen Definitionen von Kirchenvermögen und kirchlichem Stiftungsgut — das müssen wir insbesondere gegen den damaligen badischen Staatsminister Jolly [1] betonen — waren

Charakters dieser Rechtssubjectivität, die nämlich bei aller sonstigen Verschiedenheit stets das Criterium der Kirchlichkeit aufweist. Eine interessante Entscheidung des preufs. Oberverwaltungsgerichts über das „Kirchenvermögen im engeren Sinne im Gegensatze zum Pfarrvermögen“ siehe in Entscheidungen, Bd. IX. (1883) S. 107. In unserem Sinn bespricht auch v. Savigny (System, II. 271) „die Ansicht, dafs das Vermögen der milden Stiftungen unter den allgemeinen Begriff des Kirchenguts *(bona ecclesiastica)* falle. Diese Bezeichnung hatte den zweifachen Sinn, dafs dasselbe unter dem Einflufs und der Aufsicht der Kirchenobern stehe, und dafs es an den Privilegien des Kirchenguts Theil nehme; keineswegs aber sollte dadurch die Selbständigkeit der juristischen Personen dieser Art verneint werden, und es ist ein Mifsverständnifs neuerer Zeit, wenn man dem Ausdruck diese Deutung gegeben hat.“ Es war nämlich besonders Rofshirt (Archiv f. civil. Praxis X. 322 ff., 327), welcher den Persönlichkeitscharakter der frommen Stiftungen bestritt, um deren Vermögen als Kirchenvermögen gelten zu sehen.

[1] Verhandlungen der ersten Kammer (22. März 1870, S. 176): Die Merkmale, nach welchen die Stiftungen weltlicher oder kirchlicher Natur seien, habe aber das Gesetz anzugeben; der Richter habe nur zu declariren in Anwendung des Gesetzes, ob im einzelnen Falle diese Merkmale vorhanden seien.“ Die Aufgabe des Richters ist hier im Allgemeinen allerdings ganz richtig gezeichnet, aber die zu diesem Zwecke nöthigen gesetzlichen Bestimmungen dürfen nie in einem staatlichen Constitutivact gesucht werden — die Rechtsordnung hat nicht die Befugnifs, willkürlich ein Rechtssubject zu bestimmen resp. an die Stelle des einen ein anderes zu setzen — sondern diese sind in den Civilrechtsbestimmungen

aber unseres Erachtens auch unnöthig; pflegt man doch auch nicht das Vermögen der anderen unkörperlichen Personen durch die Gesetzgebung begrifflich zu umrahmen. Und was besonders die unter dauernder Verwaltung des Staates oder der Commune stehenden, kirchlichen Zwecken gewidmeten, besonderen Fonds betrifft, wie sie in einer Beilage zu dem Etat des preufsischen Ministeriums für geistl. Angelegenheiten aufgeführt zu werden pflegen, [1] so müssen wir es gegen das preufsische Gesetz vom 22. April und 20. Juni 1875 als juristische Möglichkeit vertheidigen, dafs hier der kirchliche Wille Rechtssubject, die Stiftung also eine kirchliche ist, wenn wir auch damit nicht die Unmöglichkeit behaupten wollen, dafs der Staat für kirchliche Zwecke ein Vermögen constituirt und dadurch, dafs er selbst Träger einer solchen Stiftung bleibt, deren weltliche Natur begründet. Nach diesen Gesichtspunkten ist jeder einzelne Fall besonders zu prüfen und zu entscheiden. [2]

über die Voraussetzungen des Eigenthumserwerbs bereits gegeben. Auf Grund dieser Bestimmungen hat der Richter den Eigenthumsanspruch zu prüfen und darüber zu erkennen, wobei ihm der confessionelle Besitzstand von 1624 nicht blofs die Grenzlinie gegenüber den Religionsverwandten, sondern auch gegenüber dem Staate giebt. Dafs aber das Gesetz (§ 10) an Stelle der unabhängigen Richter gar den Verwaltungsgerichtshof für competent erklärt, zu entscheiden, „ob Stiftungen kirchliche, weltliche oder gemischte seien,“ ist eine im Rechtsleben unerhörte Bestimmung, die durch den Umstand, dafs bei den höchst zahlreichen, vor Erlafs dieses Gesetzes zur Entscheidung gekommenen Processen dieser Art (vgl. den Vortrag des kath. Oberstiftungsraths, S. 56 ff.) alle Gerichte Badens und insbesondere auch der oberste Gerichtshof den civilrechtlichen Charakter der bezeichneten kirchlichen Ansprüche ausdrücklich anerkannt und in den weitaus meisten Fällen zu Gunsten dieser Ansprüche entschieden haben, eine eigenthümliche Illustration bekommt.

[1] Für Sachsen vergl. die Gesetzessammlung v. J. 1828, S. 345 ff. und den Antrag der Stände 1836/37, dafs ihnen ein Verzeichnifs sämmtlicher vom Cultusministerium verwalteten Fonds mitgetheilt werde (Landtagsacte 1836/37, Abth. I. S. 145 ff.).

[2] Das war offenbar auch die Ansicht des Cultusministers, als er durch Erlafs vom 6. Juli 1883 (Archiv 50, S. 302 f.) zum Bericht aufforderte „über die Verhältnisse sämmtlicher von königlichen Behörden verwalteten oder beaufsichtigten Staats- und Stiftungsfonds, welche entweder ausschliefslich oder zum Theil zur Verwendung für kirchliche Zwecke bestimmt sind,“ und worin er besondere Mittheilungen verlangte über 1. Name und Zweck des Fonds, 2. Entstehungsgeschichte, 3. Stiftungsvorschriften, 4. Stiftungsorgane, insbesondere, wem die Verwaltung und Verfügung über die Mittel des Fonds zustehe.

Was ferner die durch den Staat als Aequivalent für die höchst ergiebigen Saecularisationen zu leistenden Dotationen anlangt, so hat die Kirche einen Rechtsanspruch auf deren Leistung.[1] Wir sind nun mit Neuner,[2] Schott,[3] Bähr[4] u. A. gegen Windscheid[5] der Ansicht, dafs es auch ein Eigenthum an *res incorporales* oder Rechten giebt.[6] In diesem Sinn wird dann auch die Kirche Eigenthümerin ihrer an den Staat zustehenden Forderungsrechte, das Forderungsrecht selbst also als Theil des Kirchengutes angesehen werden können.[7] So bestimmt die Beilage II. z. tit. IV. der Bayr. V. U. im § 46: „Allen Religionstheilen ohne Ausnahme ist das-

[1] Das Meiningische Grundgesetz v. 23. Aug. 1829 tit. IV. § 33 stellt die Dotationen daher mit Recht sogar unter verfassungsmäfsigen Schutz: „Die Dotationen der Kirche und Schule sollen, so lange die Kirche und Schule besteht, derselben nicht entzogen werden." Schon der Justinianeische Codex bestimmte (lib. I. tit. 2 § 12): „*Salaria etiam, quae sacrosanctis ecclesiis in diversis speciebus de publico hactenus ministrata sunt, iubemus nunc quoque inconcussa et a nullo prorsus imminuta praestari liberalitatique huic promtissimae perpetuam tribuimus firmitatem.*" Ein Erlafs des preufsischen Ministers Ladenberg vom 15. December 1848 sagt ebenfalls: „Deshalb war es, als über die Wiederherstellung der Kirchenverfassung mit dem römischen Stuhle verhandelt wurde, nicht eine Gnade, sondern die Erfüllung einer wohlbegründeten Verpflichtung, wenn der Staat die Dotation der Bisthümer und der zu ihnen gehörigen Institute übernahm, wie denn dies auch ausdrücklich, sowohl während der Verhandlungen selbst als später bei der Verkündigung des Resultats derselben in der Bulle *De salute animarum* vom Jahre 1821, anerkannt worden ist . . . Nach dieser Ausführung kann es mit Grund nicht bezweifelt werden, dafs der Staat das dermalen bestehende Leistungsverhältnifs nur durch einen Wort- und Treubruch hätte auflösen können, dessen Folgen auf ihn selbst zurückgefallen sein würden." Vgl. Hammerstein, Kirche u. Staat 190 f.

[2] Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, S. 52.

[3] Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, 42.

[4] Jahrb. f. Dogmatik I. 361, 373, 401.

[5] Pand. § 168.

[6] So auch das preufs. A. L. R. I. tit. 8 § 1 und Rescript v. 7. Decbr. 1841 (V. M. B. 1842, S. 13).

[7] L. 49 D. 50, 16: „*In bonis nostris computari sciendum est non solum quae dominii nostri sunt* (reales Eigenthum) *sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur.*"

jenige, was sie an Eigenthum gesetzmäfsig besitzen, es sei für den Cultus oder den Unterricht bestimmt, es bestehe in liegenden Gütern, **Rechten**, Kapitalien .... garantirt." Auch das preufsische A. L. R. II. tit. 11 § 160 rechnet die »Einkünfte" der Kirchengesellschaften zum Kirchenvermögen und in richtiger Consequenz die »Stolgebühren« zu den »Pfarrgütern« (§ 773).

Mehr noch als die letzten Erwägungen legt die badische Kammerdebatte über das Stiftungsgesetz und speciell der durch Grimm erstattete Commissionsbericht der zweiten Kammer dar, dafs wir es bei der Definition des Kirchengutes mit keiner trockenen Schulfrage, sondern einer Lebensfrage von der weittragendsten Wichtigkeit zu thun haben. Der erwähnte Bericht, den — wie die parallellaufenden Gesetzesparagraphen — jeder Canonist in seinen Grundlagen als einen durchaus verfehlten erkennen mufs, stellt folgende Sätze auf:

1. Der kirchliche resp. weltliche Zweck bestimmt die kirchliche resp. weltliche Natur der Stiftung.[1]
2. Armen- und Wohlthätigkeitszwecke sind Zwecke des modernen Staates.[2]
3. Also sind die Armen- und Wohlthätigkeitsstiftungen weltliche Stiftungen und unterstehen der einseitigen Verwaltung des Staates.[3]

Wir geben zu, dafs hiergegen insbesondere der Herrmann'sche

Wenn so Forderungen den *bona* des Berechtigten bereits zugezählt sind, müssen sie dem Vermögen des Verpflichteten selbstverständlich in Abzug gebracht werden, und in der That bestimmt Paulus l. 39 D. 50, 16: *„Bona cuiusque intelliguntur quae deducto aere alieno supersunt,"* und *„aes alienum est, quod nos aliis debemus, aes suum est, quod alii nobis debent"* (l. 213 § 1 D. ib.). Aus alledem geht hervor, dafs — die Identität von *bona* und *dominium alicuius* vorausgesetzt — wir ein doppeltes Eigenthum: ein reales und obligatorisches anzunehmen haben, oder aber — die Identität geleugnet — dafs die *bona alicuius* neben dessen Eigenthum auch seine Forderungsrechte umfassen. Darnach hätten wir das Kirchengut zu definiren als das Vermögen, welches der Kirche eigenthümlich oder forderungsrechtlich zusteht.

[1] S. 17, 36, 38, 39 und Gesetz § 3.

[2] S. 27, 28 ff.

[3] S. 27 ff. und Gesetz § 3 Abs. 3.

Commissionsbericht mit grofsem Geschick, wenn auch ohne äufseren Erfolg, dargethan hat, dafs die Armen- und Wohlthätigkeitspflege vor wie nach doch auch noch eine Aufgabe der Kirche geblieben sei [1] — Grund genug, das Grimm'sche Raisonnement als unhaltbar zu erkennen — aber zu dem entscheidenden Worte, dafs man hieraus am deutlichsten entnehmen könne, wie die Natur des Zweckes überhaupt nicht den rechtlichen Charakter der Stiftung bestimme, kam auch Herrmann nicht, kam überhaupt Niemand. Selbst Bluntschli mufste bekennen: „Noch nie sei es ihm in diesem „Hause so schwer geworden, eine bestimmte Meinung über eine „Vorlage zu fassen. Fast jeder, welcher in dieser Frage seine „Ansicht öffentlich geäufsert, habe eine von den Andern abweichende „Ansicht, so dafs es für den durchgebildeten Juristen schon sehr „schwer sei, sich zurechtzufinden, für den Laien aber unmöglich, „eine sichere Ansicht aus dem Streite der Meinungen herauszu- „bilden." [2] Rofshirt bestreitet zwar in dem von ihm verfafsten »Minderheitsgutachten«, S. 13, „dafs über die Natur der Stiftung nur deren Zweck, nicht die Entstehungsart u. dgl." entscheide. Einestheils wird aber der Zweck immer noch als begriffconstituirend angesehen und mit dem Hinweis auf die »Entstehungsart« sowie dem nichtssagenden »u. dgl.« keine besondere gedankliche Vertiefung erzielt. Auch Schulte hat in seinem auf »Wunsch« des »Erzbischöfl. Stuhles« zu Freiburg abgegebenen »Gutachten«, das mit einer im Gegensatz zu seinen sämmtlichen kirchenprivatrechtlichen Arbeiten stehenden ersichtlichen Gereiztheit [3]

---

[1] Daher der Abänderungsantrag der Commission: § 3 Abs. 4 u. 4a.

[2] Verhandlungen der ersten Kammer (22. März 1869, S. 171).

[3] Er nennt den Gesetzentwurf »läppisch«, »cynisch«, »absurd«, spricht von »Sophistik«, »Rabulistik«, »Hohn«, »Kleister und Leim« und schliefst sein Gutachten mit folgenden Worten (S. 19): „Im Angesichte dessen, dafs dieser Entwurf offen die Rechte der Kirche bricht, welche älter sind als das Grofsherzogthum Baden, — augenscheinlich eine Brachlegung der Wirksamkeit der Kirchen auf ihrem eigensten Gebiete bewirken würde, — der Regierung das Mittel bietet, das Kirchengut zu einem grofsen Theil zu confisciren und nicht kirchlichen Zwecken dienstbar zu machen, — dafs dieser Entwurf in jederlei Hinsicht mangelhaft ist, — darf man sagen: er beweist, dafs die augenblickliche Regierung Badens an dem Punkte angelangt ist, wo sie selbst den Anstand aufser Acht lassen zu dürfen sich berechtigt glaubt." Das Präsidium

abgefafst ist, unsere Frage nicht besonders gefördert, wenn er es rügt, dafs in demselben „lediglich der Zweck als Criterium für den Charakter einer Stiftung angenommen“ wird, und tadelnd hinzufügt: „Wer die Stiftung gemacht habe, wem sie zugewendet worden sei, ja selbst die Person, der zu einem Stiftungszwecke ein Vermögen eigenthümlich zugewendet worden wäre, sollen folglich

---

der zweiten Kammer hat daher die officielle Vertheilung der Druckschrift an die Mitglieder des Hauses nicht gestattet (Vering, K. R. 2. Aufl. 265, N. 127). Wir billigen ebenfalls die Form dieser Polemik nicht, müssen uns aber angesichts eines Gesetzes, das zahllose, wohlerworbene Rechte ohne jeglichen Grund und auf durchaus irrige Ueberlegungen hin mit einem Federstrich aus der Welt schafft und dabei noch eine traurigere Lage in Aussicht stellt, ebenfalls aufs Bestimmteste gegen dasselbe erklären. Der § 9 insbesondere eröffnet eine wahrhaft hoffnungslose Perspective, wie er anderntheils ein wahres Muster von Uncorrectheit ist: „Wenn die fernere Erfüllung der Zwecke einer Stiftung nicht mehr möglich ist, oder wenn der Fortbestand und die fernere Wirksamkeit der Stiftung aus irgend welchen Gründen als dem Staatswohle nachtheilig angesehen werden müssen, so ist die Staatsregierung berechtigt, das Vermögen derselben einem andern öffentlichen Zwecke zu widmen, bei dessen Bestimmung sie dem ursprünglichen Willen des Stifters thunliche Rücksicht tragen wird.“ Der „Staatswohlbegriff“ ist gewifs schon weit genug, so dafs er nicht durch ein „aus irgend welchen Gründen“ noch dehnbarer gemacht zu werden braucht. Unter diesen Begriff wird eine Regierung Alles subsummiren können, falls sie eines Repressivmittels bedarf. Auch das „thunliche“ ist ganz überflüssig und das „wird“ eine zweifellos originelle Art, die Rechtspflicht der Regierung zu bezeichnen. So sind alle Vorsichtsmafsregeln in wahrhaft friedenstörender Weise getroffen. Die Kirchenbehörde wird ferner gar nicht gehört und die „Vernehmung“ derselben erst vor den weiteren Dispositionen angeordnet; dafs sie dabei aber auch nur in der unbedeutendsten Weise einen inhibirenden Einflufs oder ein überhaupt zu beachtendes Votum habe, ist mit keiner Silbe erwähnt. Alle diese Bestimmungen finden aber darin ihre würdige Zuspitzung, dafs hier selbst die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof ausgeschlossen ist, ein Rechtsweg also überhaupt nicht existirt. *Quod bonum felix faustum fortunatumque sit!* — Das preufsische Recht hat einen dieser Engherzigkeit durchaus entgegengesetzten Standpunkt. Zunächst wird der Streit, ob eine Stiftung kirchlich oder weltlich sei, auf dem Wege Rechtens entschieden. Erk. d. Gerichtsh. z. Entsch. des Competenzconflicts vom 30. Januar 1858, Ministerialbl. des Innern, Nr. 143. Im A. L. R. II. 6. § 74 u. 77 ff. wird dem Staat allerdings die Befugnifs zur Abänderung von Stiftungen zuerkannt. Diese aber, ein Ausflufs des vor Erlafs der V. U. dem Staate zustehenden Obervormundschaftsrechts, ist bezüglich der kirchlichen Stiftungen durch Art. 12 der Verfassung von 1848 aufgehoben und auf den Bischof übergegangen. Vgl. Rescr. des Ministers der geistl.

auf deren Charakter ohne Einflufs sein."[1] Dagegen zeigen drei gleichlautende Urtheile des Freiburger Apellationssenats vom 7. September 1868 über die Mürgel'schen, Wirthlin'schen und Thenagel-schen Stipendienstiftungen für katholische Theologen[2] bereits einen wesentlichen Fortschritt, indem sie zum „Kirchengut *(patrimonium ecclesiae)*" rechnen das der Kirche „gehörige oder kirchlichen Bedürfnissen gewidmete Gut." Wenn so die Gleichsetzung des Eigenthums- und Zweckmomentes auch verkehrt ist, so ist die Betonung des ersteren immerhin werthvoll. Von besonderem Interesse ist folgende Stelle der Denkschrift des Freiburger Erzbischöfl. Capitels-vicariats: „Wenn der Stifter nach § 4 Abs. 2 des Gesetzentwurfes die entscheidende Anordnung über die Verwendung, den Zweck seiner Stiftung machen kann, so folgt daraus, dafs lediglich und

---

Angel. v. 6. Jan. 1849 und die im Anschlufs hieran erlassenen und wesentlich gleichen oberpräsidialen, „Regulative über die Ressortverhältnisse in den Angelegenheiten, betr. die Verwaltung und Beaufsichtigung des kathol. Kirchen-, Pfarr- und Stiftungsvermögens," beispielsweise das Posener v. 19. Novbr. 1850 und das Westfälische v. 8. Mai 1852. Der oben erwähnte Artikel der V. U. (art. 15 der V. U. v. 1850) ist nun durch Gesetz v. 18. Juni 1875 aufgehoben worden, ohne dafs jedoch dadurch das vor der Verfassung geltende Recht wieder aufgelebt wäre; das Recht der Bischöfe, das in II. tit. VI. § 77 dem Staate zuerkannte Recht bezüglich der kirchlichen Stiftungen selbst auszuüben, wurde durch das Junigesetz nicht beseitigt. Vgl. insbesondere den Commissionsbericht des preufs. Abgeordnetenhauses, S. 39. Ferner Hinschius, die preufs. Kirchengesetze der Jahre 1874 u. 1875, Einleitung XX. u. S. 162. Vandenesch, Handb. der gesammten Vermögensverwaltung in den kath. Kirchengemeinden, S. 96 Anm. u. S. 60 ff. (zu § 47). — Vgl. für die Hauptfrage noch das Hannoversche Landesverfassungsgesetz v. 6. Aug. 1840 § 75 Abs. 7: „Bei Abänderung von geistlichen Stiftungen mufs die den Kirchenobern zustehende Mitwirkung eintreten."

[1] S. 13.

[2] Abgedruckt im „Vortrag des kath. Oberstiftungsrathes," S. 59. Aehnlich Behaghel, das bad. bürgerl. Recht, 2. Aufl. S. 304 f.: „Zu den Gütern der Kirche (dem Kirchenvermögen — zusammengesetzt aus den Vermögensmassen, als deren Eigenthümer die einzelnen kirchlichen Institute anzusehen sind) gehört alles Vermögen, welches den kirchlichen Bedürfnissen gewidmet ist." Diese fälschliche Identificirung von kirchlichem Eigenthum und kirchlicher Zwecksetzung fanden wir insbesondere auch in dem Württembergischen Gesetz vom 30. Jan. 1862, art. 18, wonach das Kirchenvermögen „das den kirchlichen Bedürfnissen und Anstalten gewidmete Vermögen" ist. Hier besteht wörtliche Uebereinstimmung mit dem badischen Gesetz vom 9. Octbr. 1860, § 14.

in erster Reihe sein Wille über die Natur, das Rechtssubject derselben mafsgebend ist."[1] Wir können zwar nicht die Ansicht theilen, dafs »lediglich« und »in erster Reihe« — »in zweiter Linie«, oder »eventuell« kommt, wie erwähnt, der »Zweck« in Betracht — gleichbedeutende Begriffe sind, immerhin aber ist hier ein Fortschritt unverkennbar. Denn selbstverständlich bleibt es dem Stifter überlassen, in seinem freiwillig entlassenen und für immer in seine Richtung gebannten Theilwillen Rechtsträger zu bleiben oder, den kirchlichen Willen dem seinen supponirend, eine kirchliche Stiftung zu gründen; deshalb wird auch die Absicht des Stifters immer das werthvollste Beweismittel für den Charakter der Stiftung bleiben. Wenn daher die Denkschrift, nicht mehr befangen in der herrschenden Fictionstheorie, den Willen in seiner Rechtsträgerschaft bereits begriffen hätte, so würde von hier aus die richtige Antwort unbedingt erfolgt sein. Unter den aus Veranlassung des Stiftungsgesetzentwurfs erschienenen Gutachten haben unseres Erachtens allein die »Bemerkungen« von Heinrich Zöpfl einen dauernden juristischen Werth. Mag dieser auch immer noch durch die herrschenden Zweckformulirungen beeinflufst sein, so ringt sich die richtige Erkenntnifs doch bereits mit aller Bestimmtheit durch, indem er es bei dem Entwurf tadelt: „Es soll also „fortan für die Anerkennung einer Stiftung als eine kirchliche „nicht mehr, wie bisher, genügen, dafs sie in »irgend einer Form« „als zu dem Kirchenvermögen einer Religionsgenossenschaft „gehörig, oder als katholische, evangelische oder israelitische u. s. w. „Stiftung errichtet worden ist."

Auch Edg. Loening hält den Zweckformulirungen Prestinaris Folgendes entgegen: „Sind denn Zweck und Eigenthum sich deckende „Begriffe? Wenn ein Mensch mit seinem Eigenthum kirchliche Zwecke „verfolgt, geht infolgedessen sein Eigenthum auf die Kirche über? „Oder wenn eine Stiftung errichtet wird, aus deren Erträgnissen „ein Zweck der Gemeinde unterstützt werden soll, z. B. das Orts„schulwesen, wird damit die Stiftung Eigenthum der Gemeinde?"[2]

---

[1] S. 21. Ebenso S. 32: „Der Charakter einer confessionellen Stiftung wird . . . nach ihrer Widmung resp. der Bestimmung des Stifters, eventuell nach ihrem Zweck . . . beurtheilt."

[2] Zeitschr. f. bad. Verwaltung 1869, S. 280.

Nichtsdestoweniger steht er aber selbst ganz auf dem Standpunkt der durch die Zwecktheorie beherrschten Vorlage und Motive, und auch ihm ist Kirchengut nicht das von der Kirche besessene, sondern das für kirchliche Zwecke bestimmte Vermögen.[1]

Danach ist denn das Vermögen der Wohlthätigkeitsstiftungen freilich Kirchengut, aber ist dieses, da die Wohlthätigkeitspflege heute auch ein vorzugsweise staatlicher Zweck ist, aus demselben Grunde nicht auch Staatsgut? Vom Standpunkt der Zwecktheorie aus mufs man diese Frage unbedingt bejahen, damit ist dann aber auch die Verwirrung fertig.

Nach dieser Darstellung können wir unsere Ansicht nur noch einmal dahin zusammenfassen, dafs das einzige und wesentliche Criterium des Kirchengutes darin besteht, dafs es der Kirche — einerlei in welcher Form — gehört. Der Zweck kommt hier weder exclusiv noch coniunctim, weder primär noch secundär in Betracht. Welchen Zwecken ein Vermögen dient, gehört nicht zum Begriff, der ein für alle Mal gegeben ist, sondern bestimmt sich nach dem jeweiligen rechtstragenden Willen, der freilich in mehr oder minder erheblicher Weise selbst beschränkt sein kann. Der Zweck ist für die begriffliche Natur des Kirchengutes absolut unmafsgeblich: Kirchengut kann weltlichen Zwecken und weltliches Gut kann Kirchenzwecken dauernd oder vorübergehend dienen.

Vergleichen wir nun den hier gefundenen Begriff des Kirchenguts mit der früher entwickelten Definition der heutigen *res sacra,* so ergiebt sich, dafs die letztere die Eigenthumsfrage gänzlich unberührt läfst, der Kirchengutsbegriff dieselbe aber als wesentlich bezeichnet. Die *res sacrae* **können** somit wohl Kirchengut sein, d. h. ein kirchliches Eigenthumssubject haben, weil die Kirche als Person principiell jedes eigenthumsfähige Object zu Eigenthum besitzen kann; aber sie müssen nicht im kirchlichen Eigenthum stehen, weil weder der Begriff der *res sacrae* noch die Civilgesetzgebung darüber zwingende Bestimmungen treffen. Wer einigermafsen mit den kirchlichen Eigenthumsverhältnissen vertraut ist, der weifs, dafs bezüglich der überwiegenden Mehrzahl der *res sacrae* die Kircheneigenthums-

[1] Vgl. insbesondere S. 296 u. 322.

qualität aufser allem Zweifel steht. Das hätte man insbesondere in den Abhandlungen und »Urtheilen« über das Eigenthum an den Kirchen nach französischem Rechte mehr berücksichtigen müssen. Wenn hier, wie wir bei einer anderen Gelegenheit sehen werden, über die *„biens ecclésiastiques" (bona ecclesiastica)* besondere Bestimmungen getroffen werden, so darf man weder sagen: die *res sacrae* werden schlechterdings von denselben ergriffen, denn die *res sacrae* gehören allemal zum Kirchengut — noch auch: sie sind unbedingt ausgeschlossen, denn die *bona ecclesiastica* und *res sacrae* sind wesentlich verschiedene Begriffe. Der richtige Standpunkt ist vielmehr der: insoweit die *res sacrae,* insbesondere die Kirchen, im kirchlichen Eigenthum standen, was bei den meisten der Fall war, greifen die besonderen Bestimmungen über die *biens ecclésiastiques* Platz; soweit den Kirchen aber die Kircheneigenthumsqualität abging, wurden sie von den über die *bona ecclesiastica* getroffenen Bestimmungen nicht berührt.

Wenn aber auch die meisten *res sacrae* erfahrungsgemäfs zum Kirchengut gehören, so ist es doch ein grofser Fehler, wenn v. Poschinger,[1] Hirschel[2] und Vering[3] hier Praesumtionen eine

[1] Das Eigenthum am Kirchenvermögen. S. 328[25]: „Diese Praesumtion wird bezüglich aller *res sacrae* aufzustellen sein, denn abgesehen davon, dafs die meisten Kirchen aus Kirchenmitteln erbaut sind, spricht doch immerhin eine Vermuthung dafür, dafs die consecrirte Sache mit oder doch nach der Consecration der Kirche auch eigenthümlich überlassen worden sei."

[2] Archiv 34, S. 354: „Daher stehen im Allgemeinen und der Vermuthung nach heilige Sachen im Eigenthume der Kirchen." Ebenso im Eigenthum an den kath. Kirchen, S. 46: „Wenn auch nach dem Kirchenrechte die Kirchengebäude als Eigenthum der Kirche zu betrachten sind, so ist dies doch nur der allgemeine Grundsatz, die Regel, die Praesumtion, von welcher es im einzelnen Falle eine Ausnahme geben kann." — Im Archiv 32 S. 9 heifst es noch bestimmter: „. . . an den Kirchengebäuden, an welchen sonst ein weltliches Eigenthum nicht stattfinden kann." Für die Vermuthung ist auch Müller, Ueber das Privateigenthum an kath. Kirchengebäuden, 125: „so spricht im Falle des Zweifels die Vermuthung für Eigenthumsübertragung des Kirchengebäudes an die Kirchengemeinde." (!)

[3] Kirchenrecht, 2. Aufl. 775: „*Res sacrae* und *benedictae*, wenn sie auch regelmäfsig und, wie im Zweifel zu vermuthen ist, ihrer Bestimmung nach im kirchlichen Eigenthume stehen, können doch auch im Privateigenthume sein." Ebenso S. 768.

Stelle gönnen. Zunächst können wir es nicht billigen, wenn man hier bei einem materiell-rechtlichen Gegenstand, wo es sich allein um die durch das Recht gegebenen Bestimmungen, also um etwas durchaus Objectives handelt, von *praesumtiones hominis sive facti* sprechen wollte, die es ausschliefslich mit dem Subjectiven, nämlich der Ueberzeugung des Richters, zu thun haben. Die Ausdrücke »im Allgemeinen«, »allgemeiner Grundsatz«, »Regel«, »regelmäfsig« lassen darauf schliefsen, dafs hier von einem juristischen Verhältnifs, von einer Vermuthung überhaupt keine Rede ist. Wir geben es unbedingt zu, dafs bei den meisten *res sacrae* das kirchliche Eigenthum erweisbar ist. Dadurch wird aber für einen neuen Fall der Beweis nicht erspart oder erleichtert, sondern ist ganz und voll zu führen. Soll aber die vermeintliche »Vermuthung« den Charakter einer *praesumtio iuris* haben, was wir wohl annehmen müssen, so werden Hirschel-Vering wissen, dafs eine solche durch das Gesetz gegeben sein mufs. [1] Ein derartiges Gesetz existirt aber nicht und konnte deshalb von ihnen auch nicht namhaft gemacht werden. Nikolis, „eine an der römischen Curie gut angeschriebene, ja als Autorität geltende Persönlichkeit“ verneint daher mit Recht das Bestehen einer solchen Vermuthung: „*quae dedicatio non praesumitur.*“ [2]

---

[1] Dies drückt Hirschel selbst an einer anderen Stelle (Archiv 27, S. 41) mit den Worten aus, dafs das Aufstellen einer Praesumtion gleichbedeutend sei mit: als Gesetzgeber auftreten.

[2] *Praxis canonica,* I. lib. I. § 3 Nr. 85.

III. Theil.

Die Eigenthumsfrage.

A. Rechtshistorische und rechtsliterarische Darstellung.

a. Das klassisch-römische Recht.

§ 50.

Das Divinaleigenthum.

Bei der Entwicklung des Sacralbegriffs haben wir uns bereits dahin geäufsert, dafs in der den Sacralcharakter bedingenden *consecratio* des klassisch-römischen Rechts eine Eigenthumsverschiebung stattfinde. Dadurch erklärten sich insbesondere die bei jeder *consecratio* üblichen Traditionsformeln: *do, dedico, dono, fero,* die Nothwendigkeit der *auctoritas publica,* der den Mancipationen ähnliche Rechtsact des *postem tenere* und der durch die Erfordernisse des strengen quiritarischen Eigenthums gebotene Ausschlufs der Provinzen. Deshalb ist es auch selbst beim Vorhandensein der *publica auctoritas* nicht erlaubt, ohne weiteres Privathäuser zu consecriren: *„consecrabantur aedes, non privatorum domicilia."* [1] Gerade um einen Eigenthumswechsel zu vermeiden, beabsichtigte Cicero, als er seiner Tochter Tullia ein *fanum* weihen wollte, dies nur zu einem *quasi consecratum* zu machen. [2]

Wollte man in der *consecratio-dedicatio* nur eine Zwecksetzung erblicken, wofür anscheinend Varro *de ling. lat. 6, 54* angerufen

---

[1] Cic. *de domo,* § 128.

[2] Cic. ad Att. 12, 18 f.

werden könnte: „*Hinc fana nominata, quod pontifices in sacrando fati sunt finem,*“ so ist dem entgegenzuhalten, dafs hierbei die symbolischen Handlungen unerklärt blieben; übrigens bezeichnet Macrobius als Dedicationszweck die Verschiebung *quoad* „*usum et proprietatem.*“

Wer wird nun aber durch die *consecratio* Eigenthümer? — die Götter? die Priester? die Tempel? der Staat? Mooren sagt: „Wen „aber die römische Jurisprudenz sich als Träger des Eigenthums-„rechts an Kirchen und ihrem Zubehör dachte, ob das Menschen-„geschlecht oder das römische Volk oder die höheren Wesen, denen „sie gewidmet waren, oder ihre Priester und Verehrer, darüber „haben sich die Pfleger dieser Wissenschaft nicht ausgesprochen.“ [1] Savigny äufsert sich: „Ferner konnte die fromme Absicht derer, „die durch Stiftungen den Götterdienst fördern wollten, meist ganz „einfach durch Consecration der dazu bestimmten Sachen erreicht „werden, wodurch diese dem Eigenthum überhaupt entzogen, also „nicht etwa dem Tempel oder den Priestern Eigenthum beigelegt „wurde“ (Syst. II. 246). Auf der folgenden Seite spricht er dagegen von der Rechtssubjectivität der „Götter und Tempel“, wodurch er aber wieder in Widerspruch steht mit S. 263 N. c. c. Wir haben uns bereits für die göttliche Proprietät entschieden und können uns dabei auf Macrobius stützen, [2] der sich seinerseits wieder auf Trebatius beruft: „*Sacrum est, ut Trebatius libro primo de religionibus refert, quidquid est, quod d e o r u m h a b e t u r.*“

Dafs in dieser Genetivconstruction das juristische Eigenthumsverhältnifs ausgedrückt ist, kann philologisch nicht bezweifelt werden, [3] und Döderlein erklärt daher kurzhin: „*Sacrum* ist, wie ἱερός, das

---

[1] Das Eigenthum der Kirchhöfe, 25.

[2] *Saturn* 3, 3, 2.

[3] Vgl. Kühner, Ausführl. Grammatik der lat. Sprache II. 331; Haase, Vorlesungen über lat. Sprachwissensch., herausg. v. Eckstein, II. 6. Bezeichnende Quellenstellen sind: „*quia non sit illorum servus, sed rei publicae.*“ (l. 1 § 7 D. 48, 18.) „*quemadmodum potest aliquis donare sapienti, si omnia sapientis sunt.*“ *(Senec. de benef. VII. 4, 1)*; „*iure civili omnia regis sunt*“ *(ib. 4, 3)*; „*donare agros nostros rei publicae possumus, quamvis illius esse dicantur, quia aliter illius sunt, aliter mei.*“ *Cic. Top. 4, 23:* „*omnia quae mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine.*“ Wie *esse* und εἶναι, so hat auch s e i n mit dem *genet.* von jeher die Eigenthumsbedeutung: Grimm, deutsche Grammatik, IV. 652; Rumpel, Casuslehre 229; Kühner a. a. O. 331.

Heilige, insofern es ein Eigenthum der Götter ist."[1] Wir können aber dem Reiz, dieser Genetivconstruction näher zu treten, um so weniger widerstehen, als wir von dorther Aufschlufs über die Grundidee des Eigenthums überhaupt und des göttlichen Eigenthums speciell erwarten. Denn nicht blofs die philologische, sondern auch die Rechtssprache bedient sich zur Bezeichnung des Eigenthums dieser Construction: *„nec falso dici, totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse."*[2]

Es ist heute eine ausgemachte Sache, dafs der Genetiv der Casus der engsten Zusammengehörigkeit ist, mag diese nun personen- oder sachenrechtlicher Art sein, mag ihr ein subjectives, objectives, ursächliches, attributives oder irgend ein anderes Verhältnifs zu Grunde liegen. Deshalb finden wir auch das Pertinenzverhältnifs in den Rechtsquellen mit Vorliebe durch den Genetiv ausgedrückt. Man vergleiche nur l. 13 § 31 D. 19, 1: *„ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur,"* oder l. 17 § 7 D. *ib.: „Labeo generaliter scribit ea quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse,"* und l. 17 § 10 D. *ib.: „Ea quae ex aedificio detracta sunt, ut reponantur, aedificii sunt etc."* Da wir nun das Eigenthumsverhältnifs ebenfalls stetshin durch den Genetiv ausgedrückt finden, so sieht man, dafs der in der Sprache wirkende Volksgeist das Wesen des Eigenthums in der aufserordentlich engen Verbindung der Sache mit dem Menschen erkennt. Diese Auffassung finden wir zu unserer Freude bei Brinz bestätigt, der im Anschlufs an Wirth[3] das Eigenthum als „die rechtliche Verbindung einer körperlichen Sache mit einer Person"[4] auffafst und das Eigenthumsrecht ein »Pertinenzrecht« nennt[5]: Das Eigenthum ist „eine die Sache zur Eigenschaft der Person erhebende oder eine den Naturkörper mit Rechtseigenschaft ausfüllende Verbindung der Sachen mit den Personen";[6] wesentlich ist, „dafs die

---

[1] Synon. u. Etymol. III. 198.

[2] l. 25 D. 50, 16.

[3] Beiträge zur Systematik des röm. Civilrechts 1856, S. 29, 31.

[4] Pand. 2. Aufl. I. 470, 475. — [5] Wirth, 29; Brinz I., 205.

[6] Brinz I. 471; Wirth 31: „Das Wesen des Eigenthums besteht im rechtlichen Pertinenzverhältnifs der Sache, ... nicht in der Herrschaft über die Sache." S. 37: „Das Eigenthum . . . ist wesentlich rechtliches Pertinenz-

Sache in einer solchen engen Verbindung zur Person steht, . . . dafs sie als deren Eigenschaft . . . erscheint."[1] Diese Auffassung, welche übrigens schon von Paulsen vertreten zu werden scheint,[2] ist ganz die unsrige, und sie hat in der Sacralfrage ihre besondere Bedeutung. Wenn man das Eigenthumsrecht gemeinhin definirt als die rechtliche Möglichkeit, an einer Sache alle denkbaren Herrschaftsbefugnisse auszuüben, so steht diese Auffassung nicht nothwendig im Widerspruch mit obiger Begriffsformulirung. Denn diese rechtliche Macht ist nur die gewöhnliche, praktische Erscheinungsweise dieser engen Verbindung, aber immerhin ist es gut, sich dieses Ursprungs der Herrschaftsbefugnisse bewufst zu bleiben. Alsdann verliert vor Allem die herrschende Ansicht von der mit dem Begriff des Eigenthums verbundenen principiell unbeschränkten Herrschaft ihre Berechtigung. Diese Auffassung ist eine grofse Irrung und der Urquell der Lehre von dem *ius abutendi* des Eigenthümers. Die Rechtsidee schliefst eine principiell unbeschränkte Machtbefugnifs geradezu aus:[3] denn das Recht ist beschränkte Macht. Und was nützt es thatsächlich, das Eigenthumsrecht als ein seinem Begriff nach unbeschränktes Verfügungsrecht zu bezeichnen, und dann in demselben Athem allgemein oder im Besonderen die Nothwendigkeit oder Zulässigkeit von Beschränkungen anzuerkennen![4] Die herrschende Ansicht hat speciell auch die sacrale Eigenthumslehre verwirrt. Das Eigenthumsrecht an den *res sacrae* ist nämlich so weitgehenden Beschränkungen unterworfen und durch die bestimmteste Zwecksetzung der willkürlichen Verfügung derart entzogen, dafs oft selbst die knöchernste Abstraction von wirklicher

verhältnifs . . folgeweise erst Eigenthum." Brinz 472: „Jene Verbindung und diese Herrschaft sind zwei verschiedene Dinge. Wesen ist die Verbindung, nicht die Herrschaft."

[1] Brinz I. 205.

[2] Lehrb. des Privatrechts der Herzogthümer Schleswig u. Holstein, II. Aufl. S. 49: „Wird eine Sache als solche unmittelbar und dauernd Gegenstand des Rechts der Person, so ist der Begriff des Eigenthums da. Sie nimmt jenes gleichsam in sich auf."

[3] Vgl. auch Knies, das Geld, 88 ff.

[4] z. B. Windscheid, Pand. I. § 167: „Das Eigenthum ist als solches schrankenlos; aber es verträgt Beschränkungen."

Herrschaftsbefugniſs nicht reden kann. Infolgedessen hatte Walter 1861 in der 13. Auflage seines Lehrbuchs des Kirchenrechts den Eigenthumsbegriff bezüglich des gesammten Kirchenguts für nicht anwendbar erklärt und darin in Bauerband einen Nachfolger gefunden.[1] Wir räumen ja selbstverständlich mit der herrschenden Ansicht ein, daſs sich Beschränkungen sehr wohl mit dem Herrschaftsbegriff vertragen, doch dürfen diese nicht bis zur völligen Negirung dieser Herrschaft gehen. Welche Herrschaftsbefugnisse hat denn eigentlich der Eigenthümer der *res sacrae* nach klassisch-römischem Recht? Diese sind hier im Bann einer totalen Extracommercialität, dem Rechtsverkehr vollständig entzogen, können nicht veräuſsert, verpfändet, verliehen, verpachtet oder verschenkt werden, der *usus* ist publicistischer Natur, und um nur jeder privatrechtlichen Machtbefugniſs gründlich zu wehren, werden sie sogar der vermögensrechtlichen Werthschätzung entzogen: *„res sacra non recipit aestimationem"*.[2] Nach heutigem Recht können auch Private Eigenthümer von *res sacrae* sein, aber ihr Eigenthumsrecht ist vielfach eine *proprietas inutilis* im wahrsten Sinn, es ist durchaus latent und kommt mitunter nur zur Wirksamkeit, wenn die Sache ihren Sacralcharakter verloren hat. Wie kann man denn hier von Herrschaft oder gar begrifflich unbeschränkter Herrschaft reden? Letzteres ist unter allen Umständen zu verwerfen, und wenn wir zur Kritik des ersteren uns vergegenwärtigen, daſs die Herrschaft nicht das Wesen des Eigenthums, sondern nur die gewöhnliche Erscheinungsweise des Wesens ausmacht, so werden wir auch ein Eigenthumsrecht anerkennen, wo keine Spur von Herrschaft, wohl aber die enge Verbindung zwischen Person und Sache vorhanden ist, die sich immer wieder zur Herrschaft zuspitzen kann; und daſs nur dieses letztere nöthig ist, haben bereits Boecking,[3] Brinz[4] u. A. hervorgehoben.

Den Genetiv sehen wir zwar auch zur Bezeichnung des Be-

---

[1] Responsum über die Vertretung, Verwaltung und Verwendung der Stiftungen (Anhang zu Zöpfels „Bemerkungen" über den badischen Stiftungsgesetzentwurf v. J. 1869, S. 47).

[2] Ulpian in l. 9 § 5 D. 1, 8.

[3] Pand. § 134. — [4] Pand. (2. Aufl.) I. 470 ff.

sitzes verwandt, der ja in seinen verschiedenen Graden bis nahe ans Eigenthum reichen kann: „wie das Eigenthum die rechtliche, ist der Besitz *(possessio)* die factische Verbindung einer körperlichen Sache mit einer Person.“ [1] Es ist aber nicht abzusehen, was ein göttlicher Besitz unter Anerkennung eines anderen (wessen?) Eigenthums besagen sollte, abgesehen davon, daſs uns nicht bekannt ist, daſs die früher bestrittene und anfangs verneinte Frage der Möglichkeit des Besitzes einer juristischen [2] Person nicht auch hierhin ihre Schatten geworfen hätte. Daſs dieses göttliche Recht wirklich ein Proprietätsrecht war, geht schlieſslich am deutlichsten aus der bei Macrobius [3] citirten Stelle des Trebatius hervor: *„Eo accedit, quod Trebatius profanum id proprie dici ait, quod ex religioso vel sacro in hominum usum proprietatemque conversum est.“*

Die Götter also waren, und zwar jeder für die ihm dedicirte Sache, juristische Eigenthümer. Auch das letztere ist von Wichtigkeit. Die uns bekannten Dedicationsinstrumente und sonstigen Ueberlieferungen zeigen, daſs die Widmung stetshin an eine bestimmte Gottheit erfolgte. [4] Es ist uns in dieser Hinsicht sogar ein sacralwissenschaftliches Gutachten des *collegium* der *pontifices* bekannt, welches die *dedicatio* an mehrere Götter verbietet. Als nämlich Marcellus im Gallischen Krieg dem Honos und der Virtus einen Tempel gelobt hatte, wurde die *dedicatio* derselben von den *pontifices* gehindert, indem sie in einem Gutachten verneinten: *„unam cellam duobus recte dedicari.“* Infolgedessen wurde der Tempel der Virtus allein dedicirt. [5]

---

[1] Brinz, Pand. 2. Aufl. I. 492.

[2] Savigny, Recht des Besitzes, 6. Aufl., S. 354, 358, 367. System II. 291.

[3] Saturn. 3, 3, 4. Ebendaselbst 3, 7 heiſst es mehr allgemein: *„nam quidquid destinatum est Diis, sacrum vocatur.“*

[4] Hier nur einzelne Beispiele: *6. Verr. 29: „candelabrum Jovi“; Sueton. Aug. 29: „aedem Jovi“; Calig.: „gladios Marti ultori.“* — Vgl. auch Ihering, Geist des röm. R. I. 279.

[5] Liv. 27, 25, 7: *„cum bello Gallico — aedem Honori et Virtuti vovisset, dedicatio eius a pontificibus impediebatur, quod negabant, unam cellam duobus recte dedicari — ita addita Virtutis aedes adproperato opere.“*

Zum Schlufs sei noch auf eine Bemerkung von Lasaulx hingewiesen, dafs es zur römisch-heidnischen Zeit auch Heiligthümer gab, welche Privatbesitzern gehörten.[1] Diese waren aber nicht consecrirt und zählen daher nicht zu den *res sacrae* im technischen Sinn.

§ 51.

Der sacralrechtliche Schutz.

Der Schutz der *res sacrae* ist, wie wir bereits anführten, sehr weitgehend und des Göttlichkeitscharakters wahrhaft würdig. Die heiligen Sachen sind im Banne der totalen Extracommercialität.[2] Dieser hohe, privatrechtliche Schutz findet seine letzte Zuspitzung im Ausschlufs des *condominium*. Mag später dieser Grundsatz immerhin verlassen worden sein, dafs er anfangs Rechtssatz war, kann nach dem oben mitgetheilten Livianischen Bericht nicht bezweifelt werden. Dieses göttliche Eigenthumsrecht steht in einer so erhabenen Unnahbarkeit, dafs ihm gegenüber nicht blofs keine menschliche Berechtigung existent werden konnte — daher auch der Ausschlufs privatrechtlicher Klagen[3] — sondern dafs der Gott sich nicht einmal eine Beschränkung von Seiten eines göttlichen Collegen gefallen liefs. Dieser civilrechtlichen Unantastbarkeit läuft der strafrechtliche Schutz parallel, der sogar bis zur Execution der Todesstrafe geht: *„caput eius, qui contra fecerit, consecratur."*[4] Fürwahr, eine vollendetere Eigenthumsqualität können wir uns nicht denken!

Ein wirkliches Verständnifs von der innersten Bedeutung der Sacertät gewinnen wir erst, wenn wir die verwandten Erscheinungen des *ver sacrum*, des *animal sacrum* und des *sacer homo* heranziehen.

Das zum letzten Mal im zweiten punischen Krieg[5] vorgekommene *ver sacrum* hatte seine rechtliche Voraussetzung in einem Gelübde, das man in gröfster Gefahr that, und in welchem man ver-

---

[1] Untergang des Hellenismus und Einziehung seiner Tempelgüter, 118.

[2] *„Quum etiam veteres leges ea, quae iuris divini sunt, humanis nexibus non illigari sanxerint."* Als Beispiele einer solchen *illigatio* werden beispielsweise *venditio, hypotheca* und *pignus* erwähnt: c. 21 C. 1, 2.

[3] Wappäus a. a. O. 15.

[4] Cic. *pro Balbo* 14, 33.

[5] Liv. 22, 10.

sprach, sämmtliche Erzeugnisse des nächsten Frühlings einem bestimmten Gott zu opfern.[1] Dadurch waren diese derart dem menschlichen Rechtsverbande entzogen, daſs nicht bloſs jegliches Thier und jeglicher Halm zum Opfer gebracht, sondern sogar die in diesem Zeitraum geborenen Menschen mit der Friedlosigkeit gebrandmarkt wurden: in der Vollkraft ihrer Jugend wurden sie aus dem Lande gejagt.[2] Sein durch die Sacertät vermitteltes Eigenthumsrecht machte der Gott auch bei der besonderen Erscheinung des *animal sacrum* geltend, und man trieb die zum göttlichen Eigenthum gelobten Thiere daher dem Gotte leibhaftig zu: *„Veteres nullum animal sacrum in finibus suis patiebantur, sed abigebant ad fines deorum, quibus sacrum esset.“*[3] Am interessantesten sind die Rechtsgrundsätze über den *sacer homo.* Während sich nämlich bei den *res sacrae* ein totaler Ausschluſs menschlicher Berechtigung zeigt, ist diese gegenüber dem *sacer homo* nicht bloſs vorhanden, sondern geht geradezu ins Ungemessene. Auch Macrobius hat diesen Gegensatz wohl gefühlt: *„Hoc loco non alienum videtur de conditione „eorum hominum referre, quos leges sacros esse certis diis iubent, quia non „ignoro, quibusdam mirum videri, quod cum cetera sacra violari nefas sit, „hominem sacrum ius fuerit occidi.“*[4] Aber die Lösung, die er giebt, zeigt gerade am überraschendsten, wie das Wesen der Sacertät in der engsten rechtlichen Beziehung der heiligen Sache zur Gottheit liegt. Nachdem er nämlich die bereits citirte Bemerkung gemacht hat, daſs man das *animal sacrum* dem Götterbezirk zutreibe, fährt er fort: *„animas vero sacratorum hominum, quos zanas (?) Graeci „vocant, dis debitas aestimabant. Quemadmodum igitur quod sacrum ad „deos ipsos mitti non poterat, a se tamen dimittere non dubitabant, sic „animas, quas sacras in coelum mitti posse arbitrati sunt, viduatas corpore*

---

[1] Liv. 22, 9; 33, 44; 34, 44.

[2] Festi ep. 379: *„Ver sacrum vovendi mos fuit Italis. Magnis enim periculis adducti vovebant, quaecunque proximo vere nata essent apud se animalia immolaturos. Sed quum crudele videretur, pueros ac puellas innocentes interficere, perductos in adultam aetatem velabant atque ita extra fines suos exigebant.“* Vgl. auch Serv. ad Aen. 7, 796; Nonius, p. 522. — Infolge des *ver sacrum* wanderten oft ganze Generationen aus. Vgl. Mommsen, Röm. Gesch. I. 115; Schwegler, Röm. Gesch. I. 241; Marquardt III. 270^{3}.

[3] Macrobius III. 7, 5.

[4] 3, 7, 5.

„quamprimum ire illo voluerunt.“ Das der Sklaverei ähnliche Eigenthumsrecht des Gottes gegenüber dem durch die *consecratio capitis* feierlich Verfehmten geht also bis zur Verfügung über dessen Leben, bezweckt diese allein und erschöpft sich in ihr. Bloſs um diese maſslose Eigenthumsbefugniſs der Götter zu realisiren, ist dem Menschen die unsinnige Machterweiterung zu Theil geworden, wonach die Tödtung des *sacer homo* kein *parricidium* ist.[1]

§ 52.

Die *res sacra* als *res nullius et divini iuris.*

Gaius erklärt die *res sacrae* als *res divini iuris* und folgeweise als *res nullius (in bonis),*[2] welch letztere Bezeichnung wir auch bei Marcian[3] finden. Ueber die Bedeutung dieser *termini,* insbesondere darüber, ob sie für die Eigenthumsfrage bedeutungsvoll sind, herrscht keine Einigkeit. Daran sind aber in erster Linie die Quellen selbst schuld, und Gierke[4] hebt mit Recht hervor, daſs die „Terminologie der Quellen“ „keineswegs von Verwirrung frei“ sei; auch von Poschinger hält den Ausdruck *res nullius* für nicht »präcis«,[5] und schon die Glossatoren betonen, daſs diese Kategorie eine mehrdeutige sei.[6]

Bekanntlich heiſsen auch die occupationsfähigen Sachen *res nullius* = herrenlose Sachen. Daſs die *res sacrae* nicht hierunter zu rubriciren sind, daſs hier vielmehr jede Occupation ausgeschlossen und damit die oben bezeichnete Herrenlosigkeit verneint ist, ist selbstverständlich. Für eine Occupierbarkeit hat sich — wenigstens nach klassisch-röm. Recht — noch Niemand erklärt, dies blieb erst der modernen Saecularisationssophistik vorbehalten. Das hinderte aber nicht, trotzdem in der Nullius-Qualität die Negirung eines bestehenden Eigenthums zu erblicken, so neben

---

[1] Festus p. 318b, 27 u. 29. Dionys. 2, 10; 2, 74; 5, 19; 5, 70; 6, 89; 10, 35. Liv. 3, 55, 5 f.; Cic. pro Tull. 47.

[2] l. 1 pr. D. 1, 8: *„Divini iuris sunt veluti res sacrae . . . . quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est“;* ferner Com. Institut. II. 9.

[3] l. 6 § 2 D. l. c.: *„Sacrae res . . . . . in nullius bonis sunt.“*

[4] Genossenschaftsrecht, III. 209.

[5] Der Eigenthümer am Kirchenvermögen, S. 310.

[6] Gierke III. 209.

Puchta[1] insbesondere Hellfeldt, welcher übrigens in den *res divini iuris* und *res nullius* conträre Begriffe erblickt und beide in Rücksicht des Eigenthums deutet. Er unterscheidet zunächst *res nullius* und *quae in bonis sunt* und letztere theilt er ein in *res divini* und *res humani iuris.*[2] Man könnte auch Savigny[3] und Glück[4] und viele Andere hierhin rechnen, welche bei den *res nullius* jedes menschliche Eigenthum negirten und die Divinaltheorie befürworteten. Darnach würde dann *res divini iuris, res nullius* gleichbedeutend sein mit göttlichem Eigenthum,[5] wie dies schon die Glosse zu l. 1 pr. D. 1, 8 *v. „nullius“* ausgesprochen hatte.

Ist in vorstehender Terminologie nothwendiger Weise eine Eigenthumsregelung enthalten? Das ist die Frage, welche wir nunmehr zu beantworten haben, und die wir verneinen müssen.

Die Unsicherheit der Quellen kennzeichnet sich zunächst darin, dafs Gaius die *res sanctae* nicht schlechthin zu den *res divini iuris* und folgeweise[6] *res nullius* zählt, sondern diesen Begriff in einem *quodammodo* verflüchten läfst,[7] während Marcian die *res sanctae* in gleicher Weise wie die *res sacrae et religiosae* als *res nullius* erklärt. Merkwürdig ist auch, dafs Gaius nur von einer beispielsweisen Auf-

---

[1] Vorl. über das heut. röm. Recht, § 35.

[2] Bei Glück, Commentar II. § 164. In entgegengesetzter Auffassung sieht Evelt in den *res nullius* „Sachen, welche zufällig keinen wirklichen Eigenthümer haben“ (Preufs. Civilr. I. 71) und umschreibt dabei, wie es scheint, die Ansicht des Gaius betreffs der *hereditas iacens.*

[3] System II. 246.

[4] Commentar II. § 164: „Sie (die *res sacrae*) waren vielmehr in Ansehung der Menschen *res nullius*, d. i. sie gehörten keinem Sterblichen an.“

[5] Savigny II. 247 spricht vom Eigenthum der „Götter und Tempel“. Glück II. § 164: „Nach der Lehrart des römischen Heidenthums wurden *res divini iuris* für ein Eigenthum der Götter gehalten.“ — „In Ansehung des Eigenthums oder des Rechtes an einer Sache werden die Sachen in unserem römischen Rechte in *res divini iuris,* die dem göttlichen Eigenthum geweihet, und daher aus religiösen Rücksichten dem menschlichen Verkehr entzogen sind, und *res humani iuris,* worüber Menschen disponiren können, eingetheilt.“

[6] *„quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est.“ l. 1 pr. D. 1, 8. „quodammodo divini iuris sunt, et ideo nullius in bonis sunt“ § 10 J. 2, 1.* und *commentar. lib. II. § 9.*

[7] l. 1 pr. D. 1, 8 u. § 10 J. 2, 1. Commentar II. 8.

zählung spricht *(veluti)*, obschon diese doch umfassend ist. Zunächst ist nun darauf hinzuweisen, dafs *res divini iuris* und *res nullius* nicht identische Begriffe sind; das sieht man schon daran, dafs, wie bereits erwähnt, die *res sanctae* zwar *res nullius* ohne jede einschränkende Bedeutung genannt werden, [1] während sie *divini iuris* nur *„quodammodo“* sind. [2] Am deutlichsten spiegelt sich dies darin, dafs, nachdem die *res divini iuris* als *res nullius* erklärt sind [3], und weiterhin *res humani* und *divini iuris* als Gegensätze figuriren, [4] dieser principielle Gegensatz zwischen *res humani iuris* und *res nullius* nicht gekannt ist. [5] Einen weiteren Beweis sehen wir darin, dafs auch die *res publicae* als *res nullius* bezeichnet werden. [6] Unter der Voraussetzung einer begrifflichen Identität von *res divini iuris* und *res nullius* müfsten daher die *res publicae* auch *divini iuris* sein, währenddem doch die Quellen diese Begriffe in Gegensatz bringen. [7]

Wir haben daher jeden Begriff besonders zu prüfen, und da ist es uns unzweifelhaft, dafs in beiden ein Eigenthumsentscheid nicht nothwendig gefunden werden mufs, aus dem einfachen Grunde, weil wir Fälle aufweisen können, wo die *termini* wirklich etwas Anderes bedeuten.

Was zunächst die *res nullius* anlangt — und zwar wollen wir hier von den occupationsfähigen Objecten völlig absehen — so finden wir bei Gaius auch die *hereditas iacens* als *res nullius* bezeichnet: *„res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt.“* [8] Gaius versteht hier also unter *res nullius* ein Ver-

---

[1] l. 6 § 2 D. 1, 8. — [2] Vgl. N. 7. S. 266.

[3] l. 1 pr. D. 1, 8: *„quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est.“*

[4] l. pr. D. 1, 8: *„Summa rerum divisio in duos articulos deducitur; nam aliae sunt divini iuris, aliae humanae.“* Gaius Commentar II. 2.

[5] *„id vero, quod humani iuris est, plerumque alicuius in bonis est, potest autem et nullius in bonis esse“ l. 1 pr. D. 1, 8.* Die betreffende Stelle der Institutionen des Gaius II. 9 in dem Veronensischen Codex, fol. 63u (im Studemund'schen Apographum S. 56) ist nicht mehr zu lesen und wird daher gewöhnlich nach den Justinianeischen Instit. ergänzt.

[6] l. 6 § 2 D. 1, 8 u. § 10 J. 2, 1 Gai. II. 11.

[7] l. 1 pr. D. 1, 8: *„hae autem res, quae humani iuris sunt* (also im Gegensatz zu den *res divini iuris* stehen), *aut publicae sunt, aut privatae.“* Ebenso Gai. Inst. II. 10.

[8] l. 1 pr. D. 1, 8. Der Veronensische Codex ist an dieser Stelle unleser-

mögen, dessen Eigenthümer noch unbekannt ist;[1] Vielleicht ist aber in dieser Stelle auch ein Anzeichen für die unkörperliche Persönlichkeit der ruhenden Erbschaft enthalten, denn Gaius nennt an der angezogenen Stelle auch das Vermögen einer unkörperlichen Person *res nullius: „quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur; ipsius enim universitatis esse creduntur."*

Hier stehen also die *res nullius* als Verbandseigenthum im Gegensatz zum Privateigenthum des Einzelnen. Deshalb bemerkt schon die Glosse zu l. 1 pr. D. 1, 8 sowie § 5 J. 2, 1 *v. nullius*: *„esse possunt et sunt hominum, licet non hominis singularis; nullius, i. e. hominis privati, sed communitatis."*[2] Ebenso spricht Laurentius Hispanus, um auch einen Decretalisten (aus dem 13. Jahrh.) anzuführen, von der *„res universitatis, quae nullius est,"*[3] und Brinz hält neuestens seiner Auffassung über die unkörperlichen Personen entsprechend, den Ausdruck *„res nullius"* für identisch mit »Zweckvermögen«,[4] wie auch Mooren in ihm nur den Ausschlufs des Eigenthums eines Einzelnen erblickt.[5] Freilich kennt Marcian in dem schon oft citirten *tit. 8, lib. I. Dig.* neben dem Eigenthum der

lich. Vgl. N. 5. S. 267. Vgl. auch l. 13 § 5 D. 43. 24. Huschke führt in seiner Gaius-Ausgabe (Lips. 1878) p. 77 N. 1 folgende Stelle der Epit. II. 2. 1 an: *„Sed et res hereditariae, antequam aliquis heres existat, id est (aut?) quando dubitatur, utrum scriptus an legitimus heres succedere debeat, in nullius bonis esse videntur."* Er vermuthet, wohl mit Recht, dafs eine derartige auch in l. 84 D. 29, 2 vorkommende Stelle bei Gaius II. 9 gestanden hat.

[1] Diese Anschauung liegt auch den Formulirungen des Paulus de Castro († 1441) zu Grunde (bei Gierke III. 500). Von den Neueren vergleiche: Evelt, Preufs. Civilr. I. 71: *„res nullius,* welche zufällig keinen wirklichen Eigenthümer haben." So insbesondere v. Savigny (System II. 364). Gierke, III. 105 N. 238 und alle, welche die Personification der *hereditas iacens* leugnen.

[2] Placentinus, Summa Inst. 2, 1. p. 18.

[3] Angeführt bei Goffredus Tranensis († 1245) in der *Sum. sup. Decretalibus (de his q. f. a. pr. nr. 2).*

[4] Pand., 1. Aufl., I. 461 u. II. 1046; ferner I. 196, 200, 201, 207, 455. So bezeichnet er auch die *res divini iuris* als „Zweckvermögen höchster Potenz", 1. Aufl., II. 999, 1042, und die *res sacrae* als „Sonderzweckvermögen", 1. Aufl., II. 1042.

[5] Eigenthum der Kirchhöfe 25. Vgl. auch Gierke, deutsches Genossenschaftsrecht III. 90. Dies ist überhaupt herrschende Ansicht.

omnes, der *universitas* und der *singuli* noch eine besondere *res nullius,* welche hier wohl nichts anderes als die occupationsfähige, buchstäblich herrenlose Sache bedeutet.[1] So laufen in demselben Digestentitel die verschiedensten Bedeutungen nebeneinander her. Die *litora* werden ferner in demselben Athemzug als *„populi Romani", „publica", „communia omnium"* und *„res nullius"* bezeichnet. In l. 14 p. D. 41, 1 bekommt diese Resnulliusqualität dann wieder einmal die Bedeutung von Occupationsfähigkeit: *„nam litora publica non ita sunt, ut ea quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt; nec dissimilis conditio eorum est, atque piscium et ferarum, quae simul atque apprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, dominii fiunt."* Die übrigen Stellen enthalten nur die mehr negative Bestimmung, dafs ein separates Eigenthum Einzelner hieran nicht stattfinde. Mooren[2] unterscheidet ein *res nullius* „in grammatischem Sinn" und „in seiner höheren Bedeutung", nur hat er uns zu sagen vergessen, welches diese höhere Bedeutung ist. Soviel ist klar, dafs in dem Quellenausdruck *„res nullius"* die Divinaltheorie allerdings ausgedrückt sein kann, aber nicht ausgedrückt sein mufs, und wir thun am besten, ihn weder für noch gegen dieselbe auszuspielen.

Auch die Bedeutung der *res divini iuris* hat die juristische Wissenschaft noch nicht scharf umgrenzt. Dafs dieser *terminus* nicht identisch sei mit *res nullius,* glauben wir aus den Quellen bewiesen zu haben. Welches ist nun aber sein positiver Inhalt? Die Annahme, als sei er nothwendig im Sinne des göttlichen Eigenthums zu nehmen, halten wir für verfehlt. Was die Eigenthumsfrage anlangt, so ist die *res divini iuris* als *res nullius* bezeichnet, welcher Ausdruck aber nicht ausnahmslos für göttliches, sondern auch für Verbandseigenthum vorkommt. Gegen die Nothwendigkeit der Interpretation als Divinalproprietät spricht auch die Construction des *„quodammodo iuris divini",* wozu beispielsweise die *muri et portae* gerechnet werden, und womit man auch l. 6 § 1 D. 1, 8

[1] l. 3 pr. D. 43, 8; l. 14 pr. § 1 u. l. 50 D. 41, 1; § 1 J. 2, 1; § 5 J. ib.

[2] Eigenthum der Kirchhöfe, S. 27².

in Zusammenhang bringen kann: „*Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt theatra, et stadia, et similia, et si qua alia sunt communia civitatum.*" Hierzu bemerkte schon Caroc: „*ea vera in dominio nempe publico esse quis equidem negaverit?*"[1] Also die eigenthumsrechtliche Seite der *res divini iuris* regelt sich nach den Grundsätzen der *res nullius,* insofern sind beide gleich: es sind wohl alle *res divini iuris* auch *res nullius,* aber nicht umgekehrt.

Die besondere Eigenartigkeit der *res divini iuris* beruht vielmehr darin, dafs sie dem *ius humanum* entrückt sind: „*aliae sunt divini iuris, aliae humani.*"[2] Ihre Benutzung regelt sich nach göttlichem Recht, sie ist dem profanen Gebrauch und Verkehr entzogen. Dies ist die Folge der engen Beziehung der Sache zur Gottheit; der Rechtsgrund ist die *religio,* nicht das *dominium.* Dafs sich diese göttliche Verbindung bis zum juristischen Eigenthum zuengt, kann freilich, mufs aber nicht sein. Sie ist noch ziemlich lose bei den *res sanctae proprie dictae* (daher heifsen sie auch nur *quodammodo iuris divini),* sie geht in der späteren Zeit sogar völlig verloren. Sie ist dagegen die denkbar engste und eine durchaus nothwendige bei den *res sacrae.* Wurden diese daher *res divini iuris* genannt, so kann das in der Vorstellung der Alten allerdings göttliches Eigenthum geheifsen haben; dafs es dies aber heifsen mufs, ist ein Irrthum.

§ 53.

Götter- und Tempeleigenthum.

Die Thatsache vom juristischen Eigenthum der Götter an ihren Tempeln und Pertinenzen wird von sämmtlichen Anhängern der modernen göttlichen Proprietätstheorie, insbesondere von Uhrig, zur Begründung angezogen. Nachdem man sich anfangs mit der bündigen Erklärung begnügte, dafs heidnische Anschauungen nicht ohne weiteres auf christliche Verhältnisse übertragen werden dürften, hat v. Poschinger neuestens eine Radicalcur angewandt und

---

[1] *Cogitata sua de dominio rei sacrae speciatim templi 1708 p. 9* (bei v. Poschinger 310[6]).

[2] l. 1 pr. D. 1, 8 u. Gai. II. 2.

die Lehre von dem Eigenthum der Götter an ihrem Tempelgut als eine historische Unwahrheit gebrandmarkt. „Wie," sagt er, „das römische Recht sollte in der That als unterstützendes Moment „für diese ganz unjuristische Theorie vom Eigenthum Christi am „Kirchenvermögen vorgeführt werden können? Die römische Juris-„prudenz sollte überirdische Wesen in Wirklichkeit als Eigenthümer, „Schuldner, als Kläger, Beklagte angesehen haben? Eine solche „Construction können wir von diesem Rechtsvolke κατ᾽ ἐξοχήν „nimmermehr erwarten."[1] Das Resultat seiner Untersuchung ist dann, dafs die Götter nur ein nominelles, die einzelnen Tempel aber das thatsächliche Eigenthum besessen hätten.[2]

Das Raisonnement v. Poschingers ist aber nichts weniger als überzeugend. Die Frage, wen man bei den *res sacrae* als Schuldner und Beklagten ansehen solle, entsteht nicht, da jene völlig *extra commercium* sind, man also von unseren Privatrechtsansprüchen völlig abstrahiren mufs. Und was die Frage des Klägers anlangt, so hätte v. Poschinger sich schon bei Wappäus[3] belehren können, „dafs Privatklagen zu ihrem Schutz nicht existiren."

Das sacrale Urtheil ferner, ob eine Sache *sacrum* oder *privatum*, *religiosum* oder *publicum* sei, welches auf Pontificalgutachten durch den Magistrat gefällt wurde,[4] hatte eine durchaus öffentlich-rechtliche Grundlage und konnte auch ohne förmliche Klage stattfinden. Diese Judication gehörte nicht zu den Functionen des Praetors, der nur *inter privatos* Recht sprach, sondern zu denen des Censors resp. Consuls, wie dies aus dem Procefs über Ciceros Haus, das der Volkstribun Clodius der Göttin Libertas dedicirt hatte, und das jener nun zurückverlangte, deutlich hervorgeht. Die dabei üblichen Reden wurden auch nicht wie bei den gewöhnlichen richterlichen Ver-

---

[1] S. 67.

[2] S. 66—71: „Die Untersuchung wird gerade das gegentheilige Resultat liefern, dafs zwar n o m i n e l l die Gottheiten, i n d e r T h a t aber die einzelnen Tempel, die einzelnen Cultusinstitute als die Eigenthümer des Tempelguts angesehen wurden (S. 67). „I n d e r T h a t war aber nicht der Gott der Eigenthümer des Tempelvermögens, es besafs vielmehr der Tempel selbst unter d e m N a m e n des daselbst verehrten Gottes Rechtsfähigkeit" (S. 62).

[3] S. 15.

[4] Vgl. über diese ganze Frage Mommsen (Staatsr.) II. 47 f.

handlungen, an öffentlichem Ort, sondern gewöhnlich in einem Privathaus gehalten.[1] Derartige Entscheidungen ergingen nicht unter dem privatrechtlichen Gesichtspunkt eines Rechtsstreites zweier Parteien *(est tuum an meum?)*, sondern in ausdrücklichster Würdigung des sacralrechtlichen Interesses *(est sacrum annon?)*.[2] Das Pontificalgutachten, welches dem magistratischen Entscheid vorausging, war kein richterlicher Act,[3] aber trotzdem die Hauptsache,[4] die adjudicirende Thätigkeit des Magistrats ein blofser Formalact. Die Entscheidung war mehr technischer als privatstreitiger Natur, und man kann daher hier von Parteien im üblichen Sinne nicht reden.

Die Poschinger'sche Unterscheidung ferner von einem nominellen und thatsächlichen Eigenthum kann unsern Beifall erst recht nicht gewinnen. Denn dafs die Götter nicht Eigenthümer waren in der Körperlichkeit der Menschen mit den Wohlthaten und Plagen des Eigenthums, dafs dieses alles vielmehr den Tempel und die Priester ergriff, kann kein Vernünftiger bezweifeln. Es handelt sich hier eben nur um die juristische Construction, und da mufs v. Poschinger ja selbst zugeben, dafs „die Gottheiten als die Eigenthümer des Tempelgutes angesehen wurden," und dafs die Tempel nur „unter dem Namen des daselbst verehrten Gottes," „unter der Firma eines Gottes" besafsen.[5] Eine derartige Unterscheidung könnte man bei jeder unkörperlichen Person machen; was wäre aber damit für die Construction gewonnen? Gerade das nominelle Eigenthum ist das juristische.

---

[1] *de har. resp.* 6, 12.

[2] Die Inschriften von Venusia (C. I. L. I. 185, 186) enthalten ein richterliches Erkenntnifs in der Form: *„aut sacrom aut poublicom locom ese."* Vgl. auch Liv. 25,1, Plaut. Trin. 1044. Ueber die Zulässigkeit eines solchen disiunctiven Erkenntnisses, welches dem Privatanspruch gegenüber die Frage, ob *sacrum* oder *publicum*, für irrelevant hält, vgl. Mommsen, Staatsr. II. 47.

[3] Cicero nennt die pontificalische Thätigkeit *interpretatio* (ad Attic. 4, 2, 4), an einer andern Stelle (ad Attic. 4, 1, 7) zutreffender *responsum*.

[4] Cicero sah daher. nachdem das in dem Brief ad Attic. 4, 2, 3 überlieferte Gutachten ergangen war, seine Sache als gewonnen an: *„nemo dubitat, quin domus nobis esset adiudicata."*

[5] Gitzler, K. R. 315[22] meint merkwürdigerweise umgekehrt: „Im römischen Recht hatten einzelne Götter für ihre Tempel Erwerbsfähigkeit" — oder soll es nur heifsen: in Bezug auf ihre Tempel?

Auch Bluhme,[1] Friedberg[2] und Gräff[3] sprechen sich für ein Tempeleigenthum aus, ohne dieses freilich zur göttlichen Proprietätstheorie in Gegensatz zu bringen. Was v. Poschinger gegeneinander ausspielt, Tempel- und Göttereigenthum, läuft bei den meisten ungeschieden nebeneinander her. Am nächsten der Poschinger'schen Ansicht steht Mühlenbruch: „Ueberdies waren es ja doch nicht eigentlich die Götter, sondern ihre Tempel und das dazu gehörige Vermögen, *τὰ ἱερὰ χρήματα*, worauf sich die Erbeinsetzung bezog."[4] Aber nichtsdestoweniger spricht dieser schon im nächsten Satz von einem „Vermögensrechte der Gottheiten", von einem Vermögensrechte, das man „an die Person des Gottes selbst knüpfte", und an einer anderen Stelle heifst es dann im schärfsten Gegensatz zu dem ersterwähnten Ausspruch: „Die Persönlichkeit haftete an ihnen (den Göttern) selbst, nicht an ihren Tempeln".[5] Savigny[6] kennt ein Eigenthum der „Götter und Tempel," Marquardt[7] hinwiederum ein „Eigenthum des Tempels, oder was dasselbe bedeutet, des Gottes."

§ 54.

Möglichkeit eines juristischen Göttereigenthums.

Die Poschinger'sche Construction eines besonderen Tempeleigenthums wurde, wie er selbst andeutet, durch den Glauben hervorgerufen, dafs überirdische Wesen im irdischen Rechtsverband keine Stelle finden könnten. So sehr wir diesem Satze für das christliche Recht zustimmen, ebenso sehr müssen wir ihn für das

---

[1] System des in Deutschl. geltenden Kirchenrechts, 176 f.

[2] Lehrbuch des Kirchenrechts, 295.

[3] Das Eigenthum der kath. Kirche, 25.

[4] Rechtl. Beurtheilung des Städel'schen Falles, S. 169. Aehnlich in der Fortsetzung des Glück'schen Commentares (40 S. 15), wo er „die Göttertempel und das zu denselben gehörige Vermögen" als eine juristische Person ansieht. Ferner Bd. 39, S. 443 f.

[5] Glücks Comment. Bd. 39, S. § 1438.

[6] System, II. 247.

[7] Röm. Staatsverwaltung, III. 217. Hierher darf auch Müller, Ueber das Privateigenthum an den kath. Kirchengebäuden, gezählt werden, S. 17 in Verbindung mit S. 13.

heidnische bestreiten. Der gröfste und beliebteste Fehler in der Kircheneigenthumsfrage wurde immer dadurch begangen, dafs man die heutigen Verhältnisse mit dem Mafsstab der heidnischen Vergangenheit mafs. Ebenso verkehrt ist aber der Poschinger'sche Versuch, das Alterthum durch die Jetztzeit zu illustriren.

Was nun das heidnische Recht anlangt, so ist es ein kühnes Unterfangen, eine Stellung der Götter im menschlichen Rechtsverbande zu leugnen. Der heidnische Gott blieb, genau betrachtet, trotz aller Potenzirung immer noch wie ein Mensch mit menschlichen Schwächen und Bedürfnissen behaftet. Die Sage weifs von den Kämpfen und Niederlagen der Götter, von ihren Empfindlichkeiten und Irrungen viel zu erzählen. Sie leben in keiner rein geistigen, von uns völlig abgeschlossenen Welt — selbst der Olymp lag ja auf Erden, — vielmehr suchten sie stets mit den Menschen Berührung, thaten sogar Knechtesdienste bei ihnen und riefen die Weisheit ihres Schiedsspruches an. Dafs die heidnischen Götter besonders die juristische Befähigung der Menschen hochschätzten, und dafs man zwischen den hier und im Jenseits geltenden Rechtsanschauungen einen engen Connex annahm, geht schon daraus hervor, dafs drei Sterbliche neben Pluto Richter der Unterwelt wurden. Die Götter leben und wirken als bestimmte Persönlichkeiten, leiden und siegen wie wir. Wenn wir nun auch zugeben, dafs dieses eine vorwiegend griechische Auffassung,[1] und dafs, was Marquardt besonders ausführt, das Wesen der römischen Gottheiten von dem der griechischen sehr verschieden ist,[2] dafs sich insbesondere die römischen nicht nach Art der griechischen leichthin als charakteristische Persönlichkeiten individualisiren lassen, so ist es auf der anderen Seite ebenso wahr, dafs dieser Unterschied mehr der älteren Zeit angehört, und dafs bereits gegen Ende der Republik der römische Cult in hohem Grade gräcisirt war.

Ferner haben gerade die Römer in ihrer Gottesanschauung eine Eigenthümlichkeit, welche die Auffassung vom juristischen Eigenthum der Götter an den *res sacrae* bedeutend fördern mufste.

---

[1] Vgl. insbesondere Schömann, Griech. Alterthümer II. 222 f. Dieser scheint uns übrigens die Götterbedürfnisse zu sehr abzuschwächen.

[2] III. 2 ff.

Die Römer personificirten — und zwar besonders in der für uns bedeutungsvollsten republikanischen Zeit[1] — die Götter nicht so sehr nach Art der Griechen in idealen Anthropomorphien, als vielmehr in der realen Wirklichkeit ihrer Statuen und Tempel,[2] ein Zug, der übrigens auch den Griechen keineswegs fremd war.[3] In dem Götterbild, in dem Tempel war nach dem Volksglauben der Römer die Gottheit leibhaftig gegenwärtig. Folgende Stelle ist dafür ein sehr drastischer und wirksamer Beleg: *„ecce funditur, fabricatur, sculpitur, nondum Deus est; ecce plumbatur, construitur, erigitur, nec adhuc deus est; ecce ornatur, consecratur, oratur, tum postrsmo deus est, cum homo illum coluit* (soll offenbar heifsen *voluit) et dedicavit.“*[4] Man sieht hieraus auch am besten, wie die durch v. Poschinger gebildete Controverse des Gegensatzes von Tempel- und Göttergut nur müfsige Spielerei ist.

Bei den Germanen erwähnt es Tacitus als eine eigenthümliche Erscheinung, dafs sie ihre Götter nicht in Tempeln einkerkern wollten.[5] Hiermit ist der Anthropomorphismus ebenso sehr für

---

[1] Varro (bei Plutarch, Num. c. 8 und bei Augustin IV. 31) berichtet, dafs die Römer über 170 Jahre die Bilderverehrung nicht übten, weil Numa die menschenähnliche Darstellung für unwürdig gehalten habe. In den Tempel der Vesta kam auch später kein Bild, und wie Arnobius berichtet, war im Tempel des Mars nur eine *hasta*. Vgl. in dieser Frage Hartung, die Relig. der Römer, I. 148.

[2] Daher bestimmt Uhrig das Wesen der *consecratio* ganz richtig, wenn er sie als einen Act erklärt, „durch welchen die Gottheit vom Himmel zur Erde herabgerufen und der Weiheort bezw. das Götterbild von ihr erfüllt wurde.“ Germanismus in der kirchenrechtlichen Lehre vom Eigenthum am Kirchengut, in der Tüb. Theol. Quart.-Schr. 1878, S. 393.

[3] Hermann, Lehrb. der griech. Antiquitäten II. 91: „Nachdem einerseits die entwickelte Dichtermythologie das Wesen der Gottheit in menschliche Form zu bannen gelehrt, und andererseits der Fortschritt des sinnlichen Cultus jene Vertretung zu einer ständigen gemacht hatte, konnte man der Weihe, durch welche ein Bild der Gottheit zum Eigenthume geheiligt ward, die Kraft beilegen, es selbst zur Gottheit und demzufolge seine Verfertiger zu Gottesbildnern zu machen.“ Vgl. die zahlreichen Belege II. 99 Anm. 19.

[4] Minucius Felix, Octavius XXIII. 10.

[5] Germania c. 9: *„Ceterum nec cohibere parietibus deos neque in ullam humani oris speciem assimulare ex magnitudine coelestium arbitrantur: lucos ac nemora consecrant, deorumque nominibus appellant secretum illud quod sola*

die Germanen verneint als für die römische Religion bejaht. Nach der letzteren sind die Götter in den Tempeln und besonders den *signa* realiter gegenwärtig, und um es ihnen nur recht bequem zu machen, bereitete man ihnen (zur Aufstellung des Bildes) eine Wohnung. An diese *signa* richtete man nicht blofs Gebete und Opfer, sondern man badete, salbte, bekränzte und beschenkte sie; bei den Lectisternien lagen sie auf einem Ruhepolster, den linken Arm auf ein Kissen gestützt, und vor ihnen stand ein Tisch mit Speisen. Auch die Bilder der Penaten stehen neben dem Herde in besonderen Schränken und wandern mit der Familie aus.

Einen anmuthigen Fall unmittelbarer göttlicher Gegenwart erzählt Livius V. 22, 5. Hier wird die Statue der Juno gefragt: *„visne Romam ire, Juno?“* und die Göttin giebt durch Nicken ihre Zustimmung. Diese reale Anwesenheit des Gottes in seinem *signum* spricht sich auch sehr treffend in der *evocatio deorum* aus. Wir haben schon gesehen, dafs diese bestimmt ist, die Wirkungen der *consecratio* aufzuheben und die Sache wieder zu profaniren: evociren aber kann man doch nur das, was drinnen ist. Sie kommt übrigens auch im gröfsten Mafsstab vor, denn, wie der Livianische Bericht über die Belagerung von Vei erweist,[1] wurde sie auch angewandt, um die Götter der belagerten Stadt vor der Erstürmung zu gewinnen. Damals lud man sie in feierlicher Ansprache ein, in die Hauptstadt zu folgen, und später hat man sie thatsächlich entführt. Ja Name und Statue sind so sehr identisch mit dem Gott, dafs er, „wenn er unter einem neuen Beinamen verehrt wird, sein eigener Rival in Beziehung auf seine älteren Tempel“ wird.[2]

Das sind die Gründe, welche es nach unserer Ansicht als möglich erscheinen lassen, dafs die Götter die juristischen Träger ihres Eigenthums sind. Mühlenbruch erachtet als Grund der Eigenthums-

---

reverentia vident.“ Eine ähnliche Abweichung besteht bezüglich der Grabmäler: *„Monumentorum arduum et operosum honorem ut gravem defunctis aspernantur,“ „funerum nulla ambitio.“* Die germanische Auffassung stimmt mit derjenigen der alten Perser überein. Vgl. Herodot, I. 131.

[1] V. 21 f.

[2] Marquardt III. 20, 28; Loening I. 218. — Sueton, Oct. c. 91: *„Cum (Augustus) dedicatam in Capitolio aedem Tonanti Jovi assidue frequentaret, somniavit queri Capitolinum Jovem cultores sibi abduci.“*

fähigkeit der Götter, dafs die mythologischen Personen der alten Welt gelebt und gewirkt hätten, und dafs man also bei ihnen ein persönliches Fortbestehen fingirt hätte.[1] Diese Auffassung ist aber unrömisch und falsch. Die für die modernen Verhältnisse gezogenen Schlüsse, welche Seitz selbstverständlich entzückt registrirt,[2] sind deshalb schon wegen des Unzutreffenden der Analogie bedeutungslos. An einer anderen Stelle giebt Mühlenbruch aber auch zu, dafs man sich im heidnischen Rom „die Götter als lebende und unter den Menschen wandelnde Individuen,“ dachte.[3]

§ 55.

Wirklichkeit eines juristischen Göttereigenthums.

Wir haben gesehen, dafs eine Stellung der Götter im Recht denkbar ist; selbst nur eine höhere Potenz des Menschen, stehen sie kraft ihrer realen Präsenz in den ihnen consecrirten Sachen mit den Menschen in unmittelbarer Verbindung. Nunmehr ist zu zeigen, dafs diese reale Anwesenheit der Götter für das Rechtsleben thatsächlich ausgenutzt worden ist.

Das Recht kennt sehr verschiedenartige Befugnisse, die aber nur zum kleinsten Theil der Gottheit als Rechtssubject inhärirten. Eine publicistische Gewaltsbefugnifs vor allem hat ihnen trotz der vielen Spuren einer theokratischen Verfassung niemals innegewohnt. Es wird zwar bei wichtigen Regierungsacten die göttliche Zustimmung eingeholt, aber Gierke[4] wies schon mit Recht darauf hin, dafs jene Acte nicht im Namen eines Gottes vollzogen wurden. Das sacrale Delict wurde ferner allerdings mit der *consecratio capitis et bonorum* geahndet. Insoweit hierin aber eine förmliche Rechtsstrafe zu erblicken ist, wurde sie durch die Volksversammlung zuerkannt und durch den Tribun vollzogen,[5] wie auch die *multae irrogatae,* obgleich

---

[1] Forts. des Glück'schen Commentars 39, S. 445.

[2] Recht des Pfarramts der kath. Kirche, 316 f.

[3] Glücks Comment. Bd. 39, § 1438.

[4] III. 62^{93}.

[5] Marquardt III. 267 f. Vergl. ferner Huschke, Multa 192 ff., 364 ff.; Mommsen, Staatsr. I. 150, II. 49 ff.; Gierke III. 62.

man sie als heiliges Geld bezeichnete, durch die Staatsgewalt verhängt und beigetrieben wurden.[1] Fällt doch ferner das *sacramentum* bei der *legis actio sacramento* nicht in die Tempel-, sondern in die Staatskasse.[2] Wir müssen überhaupt mit Mommsen anerkennen, dafs, wenn auch der *pontifex* die Untersuchung führt und die Entscheidung trifft, diese Competenz immer nur einen gutachtlichen Charakter hat.[3]

Während eine publicistische Rechtssphäre der Götter in keiner Form zu erweisen ist, haben ihre privatrechtlichen Befugnisse eine bestimmte technische Ausprägung erfahren, erscheinen aber auf das Vermögensrecht beschränkt; und selbst auf dem Gebiete des Vermögensrechtes sind ihre Befugnisse in enge Grenzen gewiesen, immerhin aber vorhanden.[4] Mommsen hat zum ersten Mal dargethan, dafs das Tempelgut im weiteren Sinn in zwei durchaus verschiedene Bestandtheile zerfällt, „das eigentliche Göttergut und das für sacrale Zwecke bestimmte Staatsgut.“[5] Wie hierdurch die durchaus unrömische Unterscheidung Pernices[6] von einem göttlichen Unter- und staatlichen Obereigenthum hoffentlich für immer beseitigt ist, so gewinnen wir in den Mommsen'schen Ausführungen, welche von Marquardt,[7] Loening[8] und Gierke[9] bereits ausdrückliche Billigung erfahren haben, erst die richtige Erkenntnifs von der Seltenheit eines wirklichen Göttereigenthums. In dubio haben wir jedenfalls ein für sacrale Zwecke bestimmtes Staatsgut anzunehmen, und wir stützen uns dabei auf C. I. L. I. 589, wonach das *Jovi Capitolino et populo Romano* Zugewandte als sacrales Staatsgut erscheint,[1] wie ja

---

[1] Huschke, Multa 245 ff. — [2] Gai. IV. 13.

[3] Staatsr. II. 50. — [4] Gierke III. 63.

[5] Staatsr. II. 58. Vgl. auch Marquardt III. 217.

[6] Markus Antisthius Labeo, 1873 I. 256 u. 262. Aehnlich Hüllmann (jus pontificium der Römer, S. 26): „Göttlichen Mächten gehörte demnach aller Grund und Boden der Curien, wie nach den auf das Genaueste verbundenen Staats- und Religions-Vorstellungen der Israeliten Jehova Obereigenthümer des Landes war.“

[7] III. 217.

[8] Geschichte des deutschen Kirchenrechts, I. 216.

[9] III. 63.

[10] Gierke, III. 63^{96}.

auch Labeo bei Gellius[1] darauf hinweist, dafs die Erbschaft der ohne Testament verstorbenen Vestalin dem *populus* zufällt. Gierke stellt daher als Princip folgenden Satz auf: „Die Vermögensfähigkeit der Götter beschränkt sich auf den zu ihren Gunsten dem menschlichen Verkehr schlechthin entzogenen Sachenkreis,“[2] wozu er (in Anm. 97) im Anschlufs an Mommsen[3] und Marquardt[4] rechnet: „die Tempel und die heiligen Haine, das heilige Geräth u. s. w., wogegen das werbende Gut nicht in diese Sphäre fällt.“ Gerade das erste ist aber für uns bedeutungsvoll.

Ist hiermit das regelmäfsige Recht *(ius generale)* richtig gezeichnet, so sehen wir in der *testamenti factio passiva* einzelner Götter die Privatrechtsfähigkeit auch durch Privilegien *iure speciali* erweitert. Das bekannte Fragmentum Ulpiani *(tit. 22 § 6)* bestimmt in dieser Hinsicht: *„Deos heredes instituere non possumus praeter eos quos Senatusconsulto vel constitutionibus principum instituere concessum est, sicuti Jovem Tarpeium, Apollinem Didymaeum, Martem in Gallia, Minervam Melliensem . . .“*

Diese Worte Ulpians, welche klarer als irgend andere die Stellung der Götter im Rechtsleben kennzeichnen, geben uns zugleich Aufschlufs über die Heimath der göttlichen Privatrechtsfähigkeit: Sie erscheint nämlich als staatliche Concession.

§ 56.

Die juristische Natur der göttlichen Rechtsträgerschaft.

Gierke meint: „Die Rechtssubjectivität der Götter tritt neben „die Befugnifssphären des *populus* und der *privati* als eine eigen„artige dritte Institution . . . Eine solche Rechtssubjectivität ist „durchaus *sui generis*. Sie kann mit der privatrechtlichen Persön„lichkeit, mit der sie sich an keinem Punkte berührt, überhaupt „nicht verglichen, geschweige denn ihr als *species* unterstellt werden.“[5] Wenn Gierke hiermit blofs sagen wollte, dafs die göttliche Rechts-

---

[1] 1, 12: *bona eius in publicum redigi aiunt.* — Vgl. auch Pernice I. 182, Mommsen II. 60, Gierke III. 63[96].

[2] III. 63. — [3] II. 58 ff.

[4] III. 142 ff. — [5] III. 64 und 65.

fähigkeit ein einseitiges Anwendungsgebiet und eine besondere juristische Ausprägung erhalten habe, so würden wir ihm zustimmen. Denn es ist ja aufser allem Zweifel, dafs die göttliche Rechtssphäre weniger die Summe wirklicher Herrschaftsrechte als die Verneinung menschlicher Befugnisse enthält, und wir verstehen die Schwierigkeit der juristischen Construction der göttlichen Rechtsfähigkeit vollständig. Aber für durchaus falsch halten wir es, wenn er die göttliche Rechtsfähigkeit überhaupt nicht als *„species“* „der privatrechtlichen Persönlichkeit“ aufgefafst haben will. Von einer publicistischen Rechtspersönlichkeit kann doch hier, wo es sich um Eigenthums- und Erbrechte handelt, nicht die Rede sein. Dafs die Götter aber Rechtssubjecte sind, ist Gierke ebenso gewifs als uns, ja er nennt sie ja selbst „Rechtsträger . . . in Bezug auf die Vermögensverhältnisse.“ [1] Für uns handelt es sich daher blofs darum, dieser Privatrechtsfähigkeit den treffenden technisch juristischen Ausdruck zu geben, was freilich nicht gerade leicht ist. Die Götter sind im Privatrecht Rechtssubjecte, also Personen im technischen Sinn. Sind sie nun aber als körperliche oder unkörperliche Personen aufzufassen? Das ist die schwierige Frage.

Die römischen Götter waren von Stein und Erz, aber durchgeistigt, fühlend und wollend. So sagt Uhrig vom Götterbild sehr treffend: „man glaubte, dafs es nicht eine todte Gestalt, sondern von jenem Gotte, welchen es darstellte, geheimnifsvoll und wundervoll beseelt sei“, [2] und später nennt er mit Bezug auf Varro, *de ling. lat. VI.* den Tempel „nicht ein gewöhnliches, todtes, sondern ein durch die reale Gegenwart eines Gottes belebtes und begnadigtes Haus.“ [3] Auch Savigny bezeichnet die alten Götter „als individuelle Personen, ähnlich den einzelnen, sichtbar umherwandelnden Menschen.“ [4] Aber trotz dieser überraschenden Aehnlichkeit der Götter mit den Menschen kam noch niemand dazu, die Götter für das Rechtsleben als physische Personen anzusehen. Es liegt eben keine Menschengleichheit oder Wirklichkeit, sondern nur eine Aehnlichkeit vor, und Savigny [5] wie Uhrig [6] bezeichnen daher an-

---

[1] III. 62. — [2] Das Kirchengut, 12.

[3] Das Kirchengut, 15. — [4] System II. 247.

[5] II. 247. — [6] S. 16.

scheinend consequent, aber nichtsdestoweniger unrichtig, die römischen Götter resp. ihre Tempel und Bilder, in welchen sie erscheinen, in Uebereinstimmung mit der herrschenden Ansicht als „juristische Personen".

Hiermit beginnt eine neue Schwierigkeit. Wir wollen nicht das Puchta'sche Bedenken wiederholen, dafs es eine sittliche Unmöglichkeit sei, „körperlichen Dingen aufser dem Menschen die Persönlichkeit beizulegen und sie den Menschen gleichzustellen." [1] Denn dies erledigt sich schon durch Puchtas Ueberlegung selbst, dafs die Römer ihre Götterstatuen „nicht blofs als Bilder von Göttern, sondern als Götter selbst betrachteten." Die Schwierigkeit liegt vielmehr in der Frage: zu welcher der beiden Kategorien von unkörperlichen Personen sind die Götter zu zählen, zu den *universitates rerum* oder zu den *universitates personarum?* Der Gott scheint die Annahme der Menschennatur, das *signum* aber diejenige der Sachennatur nahe zu legen. Vor Allem kann nun hier der Anstalts- oder Stiftungsbegriff keine Stelle finden. Von einer Willensabzweigung und der Verewigung eines Theilwillens ist nichts zu erkennen, vielmehr bleibt der Gott mit seiner oft launenhaften und veränderungssüchtigen Willensrichtung Rechtsträger, und die im Uebrigen stabile Zweckbestimmung läfst höchstens auf eine corporative, in keiner Weise aber auf eine anstaltliche Färbung schliefsen. Der heidnische Gott ist aber auch keine körperschaftliche Person, denn von einer *universitas personarum* ist nichts zu erblicken. Wenn wir früher auch dargethan haben, dafs bei der Corporation der Schwerpunkt nicht in der Vielheit, sondern in der Einheit liegt, so zeigte sich das naturale Vielheitssubstrat doch in der Weise als nothwendig und wirksam, dafs ohne dasselbe eine Körperschaft nicht entstehen kann. Somit ist der römische Gott weder eine anstaltliche, noch eine körperschaftliche, noch eine körperliche Person: und doch ist er eine Person, und wir kommen daher zu dem von Gierke [2] bestrittenen Satz, dafs „der Gott ein der Allgemeinheit und dem Individuum coordinirtes drittes Centrum der Rechtswelt" ist.

Zunächst ist das Rechtsträgerschaftssubstrat, der Wille, bei

---

[1] Weiskes Rechtslexikon 66.

[2] III. 65.

den Göttern in vollendetster Form entwickelt, und die Anerkennung der Rechtsordnung ist nachgewiesen.

Der Gott ist eine in einer individuellen Leiblichkeit existirende Rechtswesenheit; aber diese Körperlichkeit verschmäht sämmtliche Schranken der menschlichen Daseinsweise und ähnelt auf diese Weise täuschend der rein geistigen Existenzform, wodurch er als unkörperliche Person in Betracht kommen könnte. So steht die römische Gottheit zwischen den körperlichen und unkörperlichen Personen als ein Machtträger eigener Art, von beiden etwas entlehnend und von beiden gleichmäfsig verschieden.

b. Das Justinianeische Recht.

§ 57.

Kein Divinaleigenthum.

Unsere oben ausgesprochene Ansicht, dafs die Theorie der göttlichen Proprietät in dem christlichen Rechte keine Stelle mehr finden könne, hat in der Literatur viele Gegner.[1] Die heidnischen

---

[1] Vgl. im Allgemeinen Hübler, der Eigenthümer des Kirchengutes, 4 ff. Bezüglich der *res sacrae* im Besonderen hat Uhrig der Divinaltheorie unter dem pomphaften Titel: „D. Ausgleichung. Blick in die verschiedenen Theorien und Aufstellung des Einen wahren kirchlichen Princips" eine originelle Ausprägung gegeben: „Das Verhältnifs der Kirchengemeinde *(ecclesia)* zu Gott fafst die Kirche als jene mystische Urehe auf, welche, wie Paulus lehrt, den christlichen Ehen zum Muster dienen soll. Indem Christus der Herr am Consecrationstage in das ihm erbaute Haus einzieht, feiert er seine mystische Vermählung mit der Kirchengemeinde. Das Haus sammt hinzugehörendem Vermögen ist die *dos*, welche der Stifter für die Braut (Kirchengemeinde) bestellt. Haus und Mitgift gehen daher bei der Consecration unter Anrufung eines besonderen heil. Namens, welchen Namen sofort die Kirche zu führen hat, in das Eigenthum Christi so über, dafs hierbei eine in Ihm subsistirende besondere juristische Person entsteht, wobei es auch unter Zustimmung des Bischofs, welcher im Namen Christi die *dos* in Empfang nimmt, dem Stifter erlaubt ist, gewisse Rechte, unter Umständen, wie z. B. bei Kloster- und Nebenkirchen selbst das *jus proprietatis,* sich vorzubehalten. . . Aus diesem Princip wird auch klar, welche Rechte an fraglichem Vermögen der Kirchengemeinde zukommen. Da sie Christi Braut ist, wohnt sie mit ihm in diesem Gotteshause, und das Kirchenvermögen gehört als *dos* ihr an, der

Rechtssätze sollen hiernach mit der entsprechenden monotheistischen Färbung einfach recipirt sein,[1] und man findet diese Succession des Christengottes in die Rechte des heidnischen entweder ganz natürlich,[2] oder führt zur Erklärung einer derartigen sinn- und geschmacklosen Nachbildung das stereotype Interesse der Geistlich-

---

Herr aber hat *durante matrimonio* an ihrer *dos* das Eigenthum, das Verfügungs- und Verwaltungsrecht." Dazu bemerkt dann der theologische Autor in der Anmerkung: „Das römische Recht von der in die Ehe gebrachten Mitgift der Braut *(dos)* wurde nämlich hier unverändert recipirt" (Tüb. Theol. Quartalschr. 589 f.).

[1] Wäppäus, 50: „Was zunächst das Verhältnifs der justin. Gesetzgebung zum älteren römischen Recht betrifft, so hat Justinian die von den *res sacrae* und *religiosae* geltenden Grundsätze einfach bestätigt."

[2] Uhrig (Tüb. Theol. Q.-S., 1878, S. 559): „Diese Rechtsanschauung (von der Proprietät der Götter) wurde auch nachher bis zur Regierungszeit des Kaisers Justinian I. ohne die geringste Veränderung festgehalten, als vom Kaiser Constantin d. G. an das Christenthum Staatsreligion geworden war. An die Stelle der heidnischen Götter trat nämlich der Eine wahre Gott." Uebrigens sind die Formulirungen Uhrigs unklar. S. 568 sagt er: „Die antike heidnische Anschauung von *res sacra, sancta, religiosa,* konnte sich natürlich im Christenthum nicht halten. Man mufste allmählich darauf kommen, dafs es genüge, die Gott gewidmeten Sachen ihrem erhabenen und heiligen Zwecke zu erhalten. Dieser Wendepunkt trat für das römische Reich mit der Religion des Kaisers Justinian I. ein." Man sollte hiernach fast meinen, dafs die *res sacrae* des Christenthums bis zu Justinians Regierung göttliches Eigenthum blieben und von da an blofses Zweckvermögen wurden. Dem widerspricht aber der ganze folgende Inhalt der betr. Abhandlung, sowie die in seinem Kirchengut, S. 8 aufgestellte These I.: „Das Eigenthum des Vermögens der christlichen Kirche im Allgemeinen wie der Einzelkirchen, Altäre und milden Stiftungen im Besonderen, steht bei Christus dem Herrn." S. 97 betont er daher wieder die Identität der altrömischen und christlichen Anschauung. S. 558 ff. (Theol. Qu.-Schr.) vertritt er für das altrömische Recht die göttliche Proprietätstheorie, zu welchem Zwecke dann S. 562 auch die Institutionen herhalten; nachdem dann Justinian anderntheils diese Theorie wieder beseitigt haben soll, wozu aber S. 571 nicht passen will, wird schliefslich der Bruch mit der antiken Anschauung nicht als Werk Justinians, sondern als Resultat der deutschen Entwicklung gepriesen (S. 572 ff.). — Das Limburger Ordinariat hinwiederum bezeichnet unter Berufung auf Elvers und Evelt die Auffassung Glücks (II. 461) als Irrthum, dafs die Grundsätze der göttlichen Proprietätstheorie „das Gepräge des heidnischen Aberglaubens unverkennbar an sich tragen." (Archiv 20, S. 142.)

keit ins Feld.[1] Eine originelle Ansicht vertritt Mooren. Dieser glaubt, in dem römisch-heidnischen Recht wohl Bestimmungen gefunden zu haben, welche (wie *res nullius*) die *res sacrae* dem Privateigenthum entziehen, aber keinen Ausspruch darüber, wem sie denn eigentlich zugehören.[2] Bezüglich des christlichen Rechtes aber urtheilt er: „der heidnische Standpunkt des nichtssagenden römischen *res nullius* war überwunden", und er meint, nunmehr sei erst die „richtige Ansicht" gekommen, „dafs Kirchen mit ihrem Zubehör Gott und seinen Heiligen gehören."[3] Im Uebrigen plaidirt er freilich für ein Kirchenfabrik-, oder was ihm dasselbe ist, ein Kirchengemeindeeigenthum.

Zur Begründung der Reception der altrömischen Rechtsanschauung führt man die schon besprochenen § 7, § 8 J. 2, 1 und l. 1 pr., l. 6 § 2 u. 3 D. 1, 8 an. Hier werden aber die *res sacrae* nur *res nullius* und *divini iuris* genannt, und wir haben gesehen, dafs diese Ausdrücke keineswegs im Sinne des göttlichen Eigenthums gedeutet werden müssen. Diese Stellen kommen daher gar nicht in Betracht; Bestimmungen nach Art des Macrobius *(deorum habetur)* fehlen in der Justinianeischen Gesetzgebung durchaus, und wenn Uhrig sie trotzdem erwähnt,[4] so ist das nur ein neuer Beweis dafür, wie bei ihm Justinianeische und Vorjustinianeische Aussprüche ungeschieden nebeneinander laufen. Eine Aenderung im Begriff glaubt er entdecken zu sollen, die Eigenthumsfrage dagegen hält er für unverändert,[5] und doch liegen für beide Punkte immer dieselben Aussprüche vor.

---

[1] Glück, Comm. II. § 167: „Ob nun gleich diese Grundsätze (der göttl. Proprietät) das Gepräge des heidnischen Aberglaubens unverkennbar an sich tragen, so erhielten sie sich dennoch aus Interesse der Geistlichkeit auch unter den christlichen Kaisern. Man glaubte, dafs geweihte Sachen durch die Consecration eine gewisse innere Heiligkeit bekämen und ein besonderes Eigenthum Gottes oder Christi oder der Heiligen würden, denen sie wären geweihet worden."

[2] Ueber Eigenthum und Benutzung der Kirchhöfe. S. 25. — [3] S. 27.

[4] Tüb. Theol. Q.-S., S. 561: „Daher die Sprachweise in den Quellen: *sacra autem sunt, quae Deorum habentur; sacrae res et religiosae et sanctae in nullius bonis sunt etc.,* welche sich im griechisch-römischen Reiche auch nachher, als an die Stelle des Heidenthums die christliche Religion getreten war. unverändert erhielt."

[5] „Obgleich die Kirche die hellenisch-römischen Begriffe von *sacrum,*

Wir fanden in der ganzen Justinianeischen Gesetzgebung keinen Ausdruck, der mit Sicherheit ein göttliches Eigenthum erkennen liefse, wohl aber genügende Anhaltspunkte für das Gegentheil.

§ 58.

Die partielle Extracommercialität.

Das klassisch-römische Recht kannte die *res sacrae* auf Grund des an ihnen stattfindenden göttlichen Eigenthums überhaupt nicht als menschliche Privatrechtsobjecte; sie waren dem Rechtsverkehr vollständig entzogen und civilistisch für den Menschen nicht vorhanden: eine Veräufserung vor Allem war ein Ding der Unmöglichkeit.

Auch im Justinianeischen Recht sind noch Verkauf, Vertauschung, Verpfändung, Hypothecirung, Verschenkung u. s. w. verboten.[1] Aber nach der trefflichen Untersuchung von Wappäus und Kappeler ist es uns trotz Eiseles Widerspruch[2] aufser allem Zweifel, dafs die

---

sanctum et religiosum in der oben bezeichneten Weise umänderte, so nahm sie doch keinen Anstand, bei dem Rechtssatz stehen zu bleiben, dafs die Gott dem Herrn geweihten Tempel aus dem Eigenthum der Menschen heraustreten und in der oben angedeuteten Weise ausschliefsliches Eigenthum Gottes werden." (562.)

[1] *c. 21 C. 1,2: Sancimus nemini licere, sacratissima atque arcana vasa, vel vestem ceteraque donaria, quae ad divinam religionem necessaria sunt, quum etiam veteres leges ea, quae iuris divini sunt, humanis nexibus non illigari sanxerint, vel ad venditionem vel hypothecam, vel pignus trahere."* Vgl. ferner l. 34 § 1 D. 18, 1 und die unten citirten Stellen. Hierüber handelt auch Grashof, die Gesetzgebung der röm. Kaiser über die Verwaltung und Veräufserung des kirchl. Vermögens (Archiv 36, S. 193 ff.).

[2] Ueber die Rechtsverhältnisse der *res publicae in publico usu,* 13 f. Eisele handelt speciell von den *res publicae,* bei welchen die herrschende, insbesondere durch Rüttimann und Dernburg vertretene Ansicht ein Privateigenthum des Staates, Keller und Ihering aber nur ein staatliches Hoheitsrecht statuirten (nähere Angaben bei Eisele, S. 3); Eisele entscheidet sich für ein „Eigenthum des *ius publicum*" oder ein „publicistisches Eigenthum" (S. 24), und er läfst genügend erkennen, dafs er hierin die Rechtsverhältnisse der *res sacrae* mit denjenigen der *res publicae* im Wesentlichen für gleich erachtet. Eisele hat jedoch besten Falls nur für die ältere Zeit recht: hier hatten die *res sacrae* gar keine Stelle im menschlichen Privatrechtsverkehr, sie liefsen ebensowenig eine ökonomische Schätzung als eine Civilklage zu, und waren total extracommercial, d. h. „gänzlich der Herrschaft des *ius publicum* unterworfen" (Eisele, 39).

Justinianeische und heidnische Extracommercialität eine durchaus verschiedenartige, sowohl nach Ursache als Wirkung, ist. Nunmehr bestehen nämlich „als einziges Unterscheidungsmal von andern *res in commercio* nur bestimmte Einschränkungen der Veräufserung."[1] Während nach einem auch in den Pandekten[2] aufgenommenen Ausspruch des Pomponius die Veräufserung der *sacra* einfach als ungültig erklärt wird, bestimmt Justinian in den Institutionen: *„quae (sacra) etiam per nostram constitutionem alienari et obligari prohibuimus, excepta causa redemtionis"*[3] Die *causa redemtionis* erscheint hier als einziger Exceptionsgrund, es giebt aber auch noch andere. Nov. 120, c. 10 scheint noch schärfer eine Einschränkung auf die *redemtio captivorum* auszusprechen: *„De sacris autem vasis, quae ad eandem sanctissimam magnam ecclesiam regiae urbis vel alia oratoria in quocunque rei publicae nostrae loco sita pertinent, generaliter disponimus, ne aliter illa vendantur vel oppignerentur, quam pro captivorum liberatione."* Unmittelbar daran reiht sich aber die Bestimmung: *„Si vero plura vasa in quadam ex dictis sacris domibus*

Damals erschien den Römern aber nicht blofs das Eigenthum an den *res publicae*, sondern sogar an den *res populi* als *„ius publicum* in ihrem Sinn" (Gierke III.), und es kann füglich dahin gestellt bleiben, ob man dieses durchaus eigenartige Recht Privateigenthum, Hoheitsrecht oder publicistisches Eigenthum zu nennen hat. Für die Justinianeische Zeit ist diese Auffassung aber im Wesentlichen durchbrochen; allerdings begegnen uns immer noch die alten Formulirungen friedlich neben den neuen Anschauungen, und so fand der Streit einen breiten Boden. Das *corpus iuris* mufs hier vorzüglich mit den Augen des Rechtshistorikers betrachtet werden: Nicht Alles, was Justinian bezüglich der *res sacrae* von früher herübernahm, war auch noch wirklich geltendes Recht. Der Versuch, auf die Justinianeische Codification eine widerspruchsfreie, einheitliche Dogmatik der heiligen Sachen aufzubauen, darf wohl für immer aufgegeben werden. Hier läuft Altes und Neues bunt durcheinander. Nachdem der Gährungsprocefs vollzogen war, waren die *res sacrae* Gegenstände des weltlichen Privatrechts, welche nur besonderen, durch ihre Zweckbestimmung bedingten Verkehrsbeschränkungen unterworfen waren.

[1] Wappäus, 54. Kappeler, der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs, 5.

[2] l. 6 D. 18, 1.

[3] § 8 J. 2, 1. Aehnlich Nov. 7 c. 8. Nov. 65; 120, c. 7 und l. 21 C. 1, 2: *„Si necessitas fuerit in redemtione captivorum, tunc et venditionem praefatarum rerum divinarum, et hypothecam et pignorationes fieri concedimus."* Dieses

sint, quae non inserviant necessario usui[1] *et venerabilem illum locum aere alieno gravari contingat, neque aliae res mobiles adsint, ex quibus debita solvi conducat, facultatem illis concedimus, actis, ut supra dictum est, intervenientibus superflua vasa, quae reperiuntur, aliis venerabilibus locis, quae illis indigent, vendere vel conflare, et sic alienare, eorumque pretium in debitum expendere, ne res immobiles alienentur."* Eine weitere Art der *urgens necessitas*[2] ist also auch die drückende Schuldenlast.[3] Auch die *evidens utilitas* ist Exceptionsgrund: „*Hoc quoque concedimus, ut sanctissima Hierosolymitana ecclesia facultatem habeat domus ad se pertinentes et in ipsa sancta urbe sitas vendendi, non minore tamen pretio, quam quantum ex earum pensionibus quinquaginta annis colligitur, ut ex earum pretio alius melior reditus ematur.*"[4] Desgleichen heifst es in l. 17 § 1 Cod. 1, 2: „*ne alienanto, nisi utilis sit venditio aut hypotheca aut permutatio aut perpetua emphyteusis, hoc est, quando pretium venditae rei aut mutuum quod sub hypotheca sumitur, profuturum est ad solutionem debiti etc.*" Als Rechtsgeschäfte er-

---

Gesetz war bereits bei schwebenden Processen anzuwenden: „*hoc obtinente non solum in futuris negotiis sed etiam in iudiciis pendentibus.*"

[1] Hierher gehört auch der Fall der Bulle „*de salute animarum*" v. J. 1821, in welcher der Papst mit der Aufhebung der Bisthümer Aachen und Corwey die Vollmacht ertheilte, die diesen gehörigen, zur Ausübung der Pontificalhandlungen bestimmten *res sacrae* an die Metropolitankirche in Köln oder, wenn nöthig, an andere Kirchen des preufs. Staates zu verschenken.

[2] Es sind uns viele Beispiele überliefert, wie Bischöfe, um der dringendsten Noth abzuhelfen, die heiligen Gefäfse verkauften. Vgl. Possid. *de vita Augustini* c. 52, Sozom. IV. 24; Socrat. VII. 21. Ambrosius vertheidigt sich auf einen von den Arianern gegen ihn erhobenen Vorwurf sehr schön: „*aurum ecclesia habet, non ut servet sed ut eroget et subveniat in necessitatibus. Quid opus est custodire quod nihil iuvat? . . . Melius fuerat, ut vasa viventium servares quam metallorum*" *(de offic. min. II. 28).*

[3] Nov. 46 pr. u. c. 1 u. 2; Nov. 65: „*Scimus antea legem promulgasse, per quam omnes alienationes ecclesiasticas inhibuimus. Sed postea alia lege prospeximus, quatenus liceat pro soluto res ecclesiasticas vel alias, quae piis domibus deputatae sunt, solvere.*"

[4] Nov. 120 c. 9; Nov. 7 c. 6 § 1 und l. 14 § 5 Cod. 1, 2. Die Nov. 7 c. 2 § 1 ist dadurch interessant, dafs der Exceptionsgrund dem staatlichen Nutzen entlehnt wird: „*si quaedam in commune utilis et ad rei publicae utilitatem spectans necessitas adsit.*"

wähnen die Quellen: Kauf, Tausch, Verpfändung und Miethe. Zu den an der *res sacrae* möglichen Rechten der Privaten gehört auch die Emphyteusis.[1]

Man sieht, von einer privatrechtlichen Unfähigkeit der heiligen Sachen ist keine Rede mehr. Das zeigt besonders auch die *lex Anastasiana (c. 10 Cod. 1, 5),* wo die Veräuſserung von Kirchen an Ketzer verboten wird, weil die Kirchen dadurch profanirt würden: eine Veräuſserung unter anderen Verhältnissen muſs deshalb zulässig gewesen sein. Die *res sacrae* haben im civilistischen Verkehr gerade so gut ihre Stelle, wie eine *res in commercio,* nur ist dieser Verkehr in pietätsvoller Wahrung eines sittlich erhabenen Zweckes an erschwerende Voraussetzungen geknüpft.[2]

Justinian hat zwar den Unterschied zwischen der alten und neuen Extracommercialität noch nicht begrifflich zu fassen vermocht. Das absolute Veräuſserungsverbot der früheren Zeit und die einfachen Beschränkungen seiner Gesetzgebung stehen bei ihm noch nebeneinander: *„Quum etiam veteres leges ea, quae iuris divini sunt, humanis nexibus non illigari sanxerint.“*[3] Auf das alte Recht paſst

---

[1] Nov. 120 c. 1 § 2: *„Si quaedam loca sunt, quae vel ad sanctissimam magnam ecclesiam vel ad quandam ex dictis venerabilibus domibus pertinent, in quibus antiqua aedificia collapsa sunt, et ex quibus nullus reditus venit, memoratae autem venerabiles damus, ad quas haec loca pertinent, ea re aedificare non possint, licentiam domus administratoribus eorum perpetuo emphyteuseos iure illa ipsa loca locandi.“* Vgl. auch die Nov. 7 (mehrere Stellen).

[2] Auch Gierke (III. 180) ist im wesentlichen dieser Ansicht, nur begründet er das Veräuſserungsverbot nicht mit der Sicherung der Zwecksetzung, sondern mit der Einschränkung der repräsentativen Handlungsfähigkeit einer unkörperlichen Person: „Indem jedoch jede Art von Kirchengut nicht nur von dem Veräuſserungsverbot ergriffen, sondern auch in Ausnahmefällen für veräuſserlich erklärt wird, zeigt es sich, daſs in Wahrheit gerade hier der Gedanke der juristischen Person vollständig durchgedrungen ist, und daſs durchweg zuletzt nicht eine Herausnahme bestimmter Sachen aus dem Verkehr, sondern eine Einschränkung der für bestimmte juristische Personen constituirten repräsentativen Handlungsfähigkeit vorliegt.“ Unserer Ansicht ist Wächter (Württemb. Privatr. II. 283): „Dadurch fielen *res sacrae* schon in die Kategorie der einem Verkehr unterworfenen Sachen, nur daſs an ihnen der Verkehr erschwert war und sie ihrer Bestimmung nach nur ausnahmsweise Gegenstand desselben waren.“ Vgl. auch Friedberg, K. R. 300.

[3] c. 21 C. 1, 2; c. 14 C. h. t. Ferner Nov. 120 c. 1 u. 11.

freilich der Satz des Marcian: *res sacra non recipit aestimationem,* aber dadurch, daſs Justinian diesem in seiner Gesetzgebung eine Stelle einräumt,[1] hat er in gleicher Weise wie durch die Aufnahme des absoluten Veräuſserungsverbotes des Pomponius[2] gezeigt, daſs seine Gesetzgebung noch hinter den Thatsachen zurückbleibt. Ein Unterschied der alten und neuen Lehre ist vorhanden, aber als solcher noch nicht begrifflich erfaſst.

Im Justinianeischen Rechte sind also die *res sacrae* der Erde wiedergegeben und Privatrechtsobjecte geworden. Und diese Auffassung ist auch durch spätere Kirchengesetze,[3] sowie durch die neueren Civilrechtscodificationen[4] zum Ausdruck gebracht. Mit Recht hat daher das Reichsgericht in einem Erkenntniſs v. 5. Mai 1882 den Satz aufgestellt: „Nach heutigem Rechte sind die dem Gottesdienste geweihten Sachen „dem Verkehre nicht entzogen. Sowohl die Kirchengebäude selbst „als die einzelnen, für den Gottesdienst bestimmten Gegenstände „können im Privateigenthum stehen.“ [5] Daraus folgt aber, daſs sie

[1] l. 9 § 5 D. 1, 8. Dies faſst man nunmehr so auf: Bei einer *res sacra* darf die Weihe keine pecuniäre Werthsteigerung nach sich ziehen.

[2] l. 6 D. 18, 1.

[3] Vgl. insbesondere die verschiedenen Titel im *corp. iur. can. „de rebus ecclesiae non alienandis.“* Eine Zusammenstellung der kirchlichen Veräuſserungsverbote bei Phillips (Lehrb. 3. Aufl. 515, Anm. 1—3). Hiernach ändert es auch an der Sache nichts, ob die Veräuſserung an eine andere Kirche geschieht (S. 517). Die Belege für die durch *necessitas* und *evidens utilitas* gestattete Commercialität S. 518 ff. Die Glosse hebt in der Ueberschrift zu c. 6 X. 3, 19 das Princip richtig hervor mit den Worten: *„Ecclesiae iure proprietatis possunt adinvicim permutari et possessiones earum etiam permutari possunt et pro minus valentibus pretium suppleri.“* Daſs auch weltliche Servituten principiell an den Kirchengebäuden stattfinden können, ist insbesondere in einem Synodalbeschluſs von Benevent v. J. 1693 *(Collectio Lacensis I. 75)* mit dürren Worten erklärt, wenn dieser Zustand auch als nicht gerade wünschenswerth bezeichnet wird: *absint ab ecclesiis omnes profanae servitutes . . . Si vero eadem in fundatione vel ex immemorabili consuetudine concessa fuerint, episcopi conniventia non desideretur.“*

[4] z. B. Preuſsisches A. L. R. II. tit. 11 § 180 ff., 173 ff. Auch das „Formular des Fundationsinstruments“ nahm diesen Grundsatz auf: „Veräuſserungen einzelner (kirchlicher) Vermögenstheile können nur in Fällen anerkannter Noth oder unverkennbarer Vortheile mit Bewilligung des Bischofs und Genehmigung des Staats stattfinden.“ Münch, Sammlung aller ältern und neuern Concordate II. 360 (§ 78).

[5] Entscheidungen VII. 136 ff. Vgl. auch das Urtheil des Appellationsgerichts

auch einen irdischen, vom Privatrecht erfafsbaren Träger haben, der selbst oder durch Stellvertretung contrahiren, verkaufen, verpfänden, klagen und verklagt werden kann. Die geläufige Annahme, dafs Gott vertreten werde durch die Gesammtkirche, den Papst, die Bischöfe, den Clerus u. s. w., hilft über die Schwierigkeit nicht hinweg. Denn privatrechtlich vertreten kann man eben nur einen, der eine privatrechtliche Stellung hat. Gott aber steht nicht in, sondern über der Rechtsordnung.

§ 59.

Die Nichtwirklichkeit eines göttlichen Eigenthums.

Wir haben bereits betont, dafs keine Stelle der Justinianeischen Gesetzgebung von einem Eigenthum Gottes an den *res sacrae* spricht. Den positiven Beweis für die Unrichtigkeit der göttlichen Proprietätstheorie jedoch entlehnen wir der l. 26 C. 1, 2.

Aus der angezogenen *constitutio* geht zweierlei hervor:

1. dafs in vielen Testamenten Christus, in weniger zahlreichen Fällen ein Erzengel oder Märtyrer, entweder als *heres ex asse* oder als *heres ex semisse* oder auf einen anderen ungleichen Theil neben einem Menschen, eingesetzt wurde,[1]
2. dafs trotz dieser Erbeseinsetzung oder einer legatarischen oder fideicommissarischen Zuwendung weder Christus noch der betreffende Heilige juristischer Eigenthümer wurde.[2]

München vom 19. Januar 1877 sowie des obersten Gerichtshofes München vom 14. Januar 1878 (Hauser, Zeitschr. f. Reichs- und Landesrecht IV.).

[1] *pr. „Quoniam in multis iam testamentis invenimus eiusmodi institutiones, quibus aut ex asse quis scripserat dominum nostrum Jesum Christum heredem, nulla adiecta sacra aede, aut ipsum dominum Jesum Christum ex semisse vel aliis inaequalibus partibus, alium vero quempiam ex dimidia, vel alia parte (iam enim in complura huiusmodi testamenta incidimus).*

§ 1. Si vero quis unius ex archangelis meminerit vel venerandis martyribus nulla facta aedis mentione (quod quidem novimus ab aliquo dispositum, qui ex illustribus erat et in verborum et legum doctrina spectatissimus).“

[2] *pr. „Si quis dominum nostrum Jesum Christum scripsit heredem vel ex asse vel pro parte, manifeste videri ipsius civitatis vel castelli vel agri, in quo erat defunctus, ecclesiam sanctissimam institutam esse heredem, et hereditatem*

Wenn irgendwo Gelegenheit war, für die göttliche Proprietätstheorie eine Lanze zu brechen, so war es hier. Das geschieht aber nicht nur nicht, sondern gegen den klaren Ausspruch einer letztwilligen Verfügung, welche das römische Recht auf das gewissenhafteste zu respectiren heifst, wird das göttliche Eigenthum verneint. Als Grund wird angegeben die *multa incertitudo* (πολλὴ ἀδηλία) einer derartigen letztwilligen Bestimmung, und Gottofred sagt geradezu: „*hinc ratio dubitandi sumitur, videtur enim incerta institutio ideoque nulla; certum enim esse debet consilium testantis.*“ [1] Die Person Christi ist aber doch gewifs ebenso wie die eines bestimmten Erzengels oder Märtyrers eine *certa;* wenn nun trotzdem ein Zweifel entstand, ob das Testament wegen der *incertitudo personae* nichtig sei, so sieht man daran, dafs man Christus überhaupt nicht als eine *persona* im rechtlichen Sinne ansah. Von dieser Unterstellung ging denn auch Justinian aus, indem er *(incertitudinem emendans),* das „*consilium testantis*“ interpretiren zu müssen glaubte und als juristischen Eigenthümer die Kirche des Wohnorts des Testators oder eine andere näher bezeichnete Kirche erklärte.

Hierher gehört auch eine *lex Constantini,* wonach diejenigen, welche der katholischen Religion wegen verbannt waren und ihr Vermögen verloren hatten, zurückberufen wurden und ihr Vermögen wieder erhalten sollten; in das Vermögen derer aber, welche unterdessen

---

peti debere per Dei amantissimos eius oeconomos ex asse vel pro parte, ex qua heres institutus est;

§ 1. (für den Fall, dafs ein Martyrer oder Erzengel eingesetzt ist) *si aliquis sit in illa civitate vel vicinia eius venerabilis locus, in honorem illius reverendissimi archangeli vel martyris constructus, ipsum videri scriptum esse heredem, si vero nullus talis locus est in illa civitate viciniave eius, tunc venerabilia loca, quae in metropoli sunt; et si quidem in ipsa inventus fuerit talis aliquis locus, illi videri relictum vel hereditatem vel legatum, vel fideicommissum; si vero illic nullus talis locus apparet, denuo sanctissimas loci ecclesias capere etiam hoc debere.*

§ 2. Si autem testator certum locum non apposuerit, multa autem templa eiusdem tituli aut nominis in illa civitate inventa fuerint vel eius vicinia, si quidem in aliquo illorum defunctus frequenter versabatur, et maiorem erga illud habebat affectionem, huic videri legatum relictum, si vero tale non inveniatur, maxime ei ex eodem nomine videatur relictum legatum, vel hereditas, quod est ceteris indigentius, et magis ope alieno egens.“

[1] ad l. 26 n. 36.

ohne Erben gestorben waren, sollte die heimathliche Kirche des Verstorbenen succediren.[1]

Wir sehen also, dafs an die Stelle des göttlichen Eigenthums des heidnischen Alterthums, in welchem die Erbeinsetzung eines gesetzlich zugelassenen Gottes diesen selbst ergriff, nunmehr ein menschliches Eigenthum getreten ist, und dafs dies der *ecclesia* adhärirt. Wie aber Mühlenbruch,[2] Seitz[3] und Uhrig[4] in dieser *lex* ein Argument für die Divinaltheorie entdecken können, bleibt uns ebenso ein Räthsel, wie die anderen widersprechenden Deutungen, welche gerade diese Constitution erfahren hat, und worauf noch einmal zurückgekommen werden mufs.

Auch bezüglich der *res sacrae* werden obiger Auffassung entsprechend als Eigenthümer bezeichnet die *ecclesiae, domus venerabiles (sacrae), venerabilia loca, monasteria, xenodochia, nosocomia, orphanotrophia, ptochotrophia.*[5] Was wir uns hierunter zu denken haben, ist vorerst bedeutungslos: es genügt zu wissen, dafs das Justinianeische Recht ein göttliches Eigenthumssubject nicht mehr kennt und ein anderes an dessen Stelle treten läfst.

§ 60.

Die Unmöglichkeit eines göttlichen Eigenthums.

Die Menschenähnlichkeit der klassischen Götter führte zum göttlichen Eigenthum. Savigny[6] und Wappäus[7] wiesen bereits darauf hin, dafs der göttlichen Proprietätstheorie der Alten die Anschauung der ganzen antiken Theologie zu Grunde liege, wonach die Götter als menschenähnliche, wenn auch höhere Wesen, gewisse Bedürfnisse und Wünsche ähnlich wie die Menschen haben; die letzteren suchen dieselben durch Widmung geeigneter Gegenstände zu befriedigen, um damit die zu den Geschäften des Lebens wünschenswerthe Gunst der Himmlischen zu gewinnen. Die geistige

---

[1] Eusebii vita Constant. II. 35.

[2] Forts. von Glücks Commentar, Bd. 39 S. 445.

[3] Recht des Pfarramts, 316. — [4] Das Kirchengut, S. 86.

[5] Vgl insbesondere Nov. 120 c. 1—11.

[6] System II. 264 f.

[7] S. 9.

Auffassung der christlichen Lehre liefs diese Construction nicht mehr zu.

Beim Gott der Christen fehlen Schwächen und Bedürfnisse in gleicher Weise wie die menschenähnlichen Beziehungen zur Welt. Gott ist ein Geist, und wer ihn anbeten will, mufs ihn im Geiste und in der Wahrheit anbeten: das ist das Grunddogma des christlichen Glaubens. Die schönen Täuschungen und lieblichen Fictionen des Alterthums haben der ernsten Wahrheit Platz gemacht, dafs Gott ebensowenig mit menschlichen Begriffen erfafst wird, als er sich gar menschlichen Bestimmungen unterstellt.

Was sollte dem allmächtigen Gott auch alles Ernstes das Eigenthum nützen, welches ihm seiner Geschöpfe liebenswürdige, vielleicht nur mit schwacher Kammermajorität zu Stande gekommene Gesetzgebung einräumt! Höchst gnädig fürwahr gegen den, der da sprach: es werde, und es ward! Was sollen ihn die rechtlichen Beschränkungen und Befugnisse kümmern, die schwache Menschensatzung für das Eigenthumssubject erfunden! Die heiligen Sachen, sagt Seitz [1] „sind in dem besonderen Eigenthume und Besitz Gottes. „freilich in einem gewissen geheimnifsvollen und wunderbaren „Eigenthum und Besitz, auf welche sich die in unsern weltlichen „Rechtsbüchern vorkommenden sinnlichen Criterien von *traditio, de-„tentio, animus sibi habendi etc.* nicht anwenden lassen." Allerdings ein höchst wunderbares, geheimnifsvolles Eigenthum! Aber man hüte sich nur vor der durch Seitz im Voraus gegeifselten Annahme, „als „sei es eine theoretische Spitzfindigkeit und eine blofse Logomachie, „ob man das ideale Wesen Gottes, oder das mystische Wesen „einer die Religionsgemeinde repräsentirenden fingirten Person als „Eigenthümer annimmt." [2] Die Frage ist nach seiner Auffassung

---

[1] S. 139 f.

[2] Hirschel hat gewifs Recht, wenn er hervorhebt, dafs viele, welche Hübler zu den Anhängern der göttlichen Proprietätstheorie rechnet, genau besehen, das Eigenthum der Gesammtkirche vertheidigen (Archiv 34, S. 267—273); wenn er aber diese Ansicht in dem Grad verallgemeinert, dafs er, ähnlich wie Sternberg (S. 5), meint, eine göttliche Eigenthumstheorie im juristischen Sinne habe es nie gegeben (273), so würden wir sagen, er habe die Seitz'sche Stelle ganz gewifs übersehen, wenn er nicht S. 276 ausdrücklich betonte: „Im Grunde sind Seitz und Prunner . . ., welche Hübler unter den Neuern als Anhänger der Lehre

„von grofsem praktischen Einflusse, weil sie eine viel festere Grund-„lage für die Erhaltung des Kirchenguts und eine viel sicherere Ga-„rantie gegen Spoliationen der Kirche gewährt, als die Theorie der „Proprietät der Religionsgemeinden.“ [1] In demselben Sinn äufserte sich Uhrig. [2] Darauf hat aber bereits Schulte sehr treffend geantwortet: „Soll das Eigenthum Gottes im gewöhnlichen Sinn ge-„nommen und construirt werden, so bedenke man blofs, dafs eine „solche Construction unmöglich ist und das Kirchengut ebenso als „*res nullius* angesehen werden kann,“ (so bezeichnet es Seitz selbst S. 140) „wie denn auch wirklich gerade hierauf die französische „Republik ihre Theorie baute und demzufolge die Kirchengüter

---

von der göttlichen Proprietät des Kirchenvermögens besonders hervorhebt, gleichfalls der Ansicht der älteren Canonisten, wie sie entwickelt wurde.“ (Sic!) Er hätte sich auch durch die *decisiones S. Rotae (Rubeo, Venetiae 1697 VI. 489)* belehren können: „*Bona, dum ecclesiis traduntur, eo ipso . . . sub dominio Christi domini constituuntur, nec per metaphoram, sed per omnimodam proprietatem.*“ Uhrig geht sogar soweit, dafs er von den Stellen, welche ausdrücklich vom Eigenthum der Kirche sprechen, sagt: „alle diese Stellen wollen nur auf das Eigenthum Gottes . . . hinweisen“ (Das Kirchengut, 108).

[1] S. 317. Aehnlich 140 f.: „Unumgänglich nothwendig ist das Mysterium der speciellen göttlichen Proprietät an den ihm consecrirten Sachen zur Garantie des eigenthümlichen katholischen Gottesdienstes (sic!), denn ohne dieses würde dieser Gottesdienst, der wesentlich durch den Gebrauch anständiger Kirchen und werthvoller (!) Vasen, Ornamente etc. bedingt ist, zugleich mit diesen Gegenständen der aus der unbeschränkten und willkürlichen menschlichen Dispositionsfreiheit entspringenden Unsicherheit des Besitzes und den Launen und Gelüsten der weltlichen Macht preisgegeben. Erst mit dem Geheimnisse des Eigenthums Gottes und der Unantastbarkeit alles dem göttlichen Cultus Gewidmeten wird die Integrität der katholischen Religionsübung gegen Anmafsungen und Eingriffe der temporellen Autorität garantirt und der gefährlichen Abhängigkeit von den Interessen, von der Noth, Mifsgunst oder Habsucht der Staatsgesellschaft entrückt.“

[2] Das Kirchengut, S. 46 f.: „Dieses (alte Cultusvermögen) hatte aber Selbstständigkeit und Sicherheit dadurch bekommen, dafs seine Tempel in den Göttern, welchen sie geweiht waren, im Staate Rechtsfähigkeit besafsen. Sollte daher das Kirchengut zu gleicher Sicherheit gelangen, so mufste für eine analoge Rechtsfähigkeit gesorgt werden. Zu diesem Zwecke wurde zunächst in dem vom Christenthume bekannten Einen wahren Gotte die erforderliche rechtsfähige Person gefunden, und indem man von nun an sagte, das Vermögen der Kirche ist Eigenthum Gottes, Patrimonium Christi, so war für seine Heiligkeit und Unverletzlichkeit die höchste Bürgschaft erreicht.“

„als *res nullius* einzog, ein für dergleichen Theorien belehrender „Vorgang.“ [1]

Hübler [2] wendet gegen Seitz und seine Anhänger ein: „die Theorie von der göttlichen Proprietät . . . läſst sich in keiner Weise mit dem Rechtsbegriff vereinen.“ Das ist in dieser Fassung unrichtig, und Seitz hat im Voraus darauf geantwortet: „Wie grundlos die „Behauptung sei, diese Theorie der göttlichen Proprietät stehe mit „unsern Rechtsbegriffen in Widerspruch, widerlegt sich schon da- „durch, daſs zur Zeit der Blüthe der nämlichen Jurisprudenz, welche „wir bewundern, von einer fremden Nation entliehen und zur „vaterländischen gemacht haben, die Römer bestimmten Gottheiten, „die sie gewissermaſsen mit Civität bekleideten, Erbfähigkeit zuge- „standen.“ Der wahre Grund liegt in dem Unterschied der heidnischen und christlichen Gottesanschauung. Die Lehre von der göttlichen Proprietät war wohl mit der heidnischen Auffassung vereinbar, wird aber, das müssen wir insbesondere auch gegen Hirschel [3] betonen, durch die christliche ausgeschlossen.

Seitz giebt „gern zu, daſs wir uns Gott nicht wie eine menschliche Rechtsperson denken können, daſs er vielmehr, als Eigenthümer des Kirchenguts, mehr eine bloſse Idee ist.“ [4] Daſs eine Idee als Rechtssubject den heutigen Rechtsanschauungen entspricht, worauf Seitz des Weiteren hinweist, müssen wir allerdings gegen Hirschel, [5] ohne damit ein Urtheil über die Richtigkeit der herrschenden Ansicht geben zu wollen, anerkennen; unrichtig aber ist es, wenn man diese Idee Gott nennt. Gott als etwas bloſs Gedachtes, „was hier nichts Anderes heiſst, als eine bloſse Annahme.“ [6]

---

[1] System, 481. Vgl. auch Schulte im Theol. Literaturblatt 1868, S. 80 und S. 506 f. Auch v. Poschinger sagt (S. 269 f.): „Nirgend sind dieselben (Garantien) geringer, als wenn das Rechtssubject des Kirchenvermögens in der Luft schwebt.“ Nicht besser steht es mit der sog. Armentheorie. Vgl. Sternberg, Versuch einer juristischen Theorie vom Eigenthum der römisch-kathol. Kirche, S. 35.

[2] S. 15.

[3] Archiv für kath. Kirchenrecht, Bd. 34, S. 273 ff.

[4] S. 316.

[5] Archiv 34, S. 275. Vergl. auch Förster in Sukows »Prophet« 1846, S. 235.

[6] Förster a. a. O. 235.

ist nicht mehr Gott: das absolut Reale gehört zu seinem Begriff.[1] Ferner sollte man sich doch darüber klar werden, dafs man mit der Auffassung der Idee Gottes als Eigenthumssubject das göttliche Eigenthums*recht* als Resultat staatlicher Anerkennung betrachten mufs. Ein Gott aber, der das Recht nicht schon hat, sondern erst durch Menschensatzung erhält, ist eben kein Gott mehr.

Schliefslich ist von höchstem Belang, dafs das Subject von Eigenthumsrechten nothwendiger Weise eine Stellung im Rechtsleben haben mufs, insbesondere auch Rechts*pflichten* hat. Lehmkuhl hebt nun mit Recht hervor: „Gott als einer Schuldforderung unterworfen sich zu denken, ist unmöglich.“[2] Die Stellung im Rechtsleben ist beim heidnischen Gott ebenso gewifs vorhanden, als sie beim Christengotte fehlt. Die Persönlichkeit Gottes, so hebt schon Hübler hervor, „steht nicht *in* sondern *über* dem Rechtsgebiet und hat insofern kein *commercium inter mortales.*“[3] Hübler irrt aber, wenn er meint, dieses *commercium* könnte der Gottheit durch eine — freilich aus anderen Gründen von ihm selbst verworfene — Fiction verliehen werden. Die Rechtsfictionen — ihre Zulässigkeit denn einmal vorausgesetzt — erscheinen nicht so sehr als schrankenlose Gedankenschöpfung, dafs sie nicht an der sittlichen Unmöglichkeit ihre Grenze fänden. So hebt auch Puchta[4] in anderer Beziehung hervor: „Das Recht ist . . . nie so weit ge-

---

[1] Aehnlich Hübler, S. 15: „Der als Rechtssubject gedachte Gott ist eben nur etwas Gedachtes, eine blofse Annahme, eine reine Idee, also keine Realität mehr, keine Persönlichkeit, kein Gott.“ Gitzler (Handbuch des gemeinen und Preufs. Kirchenrechts, S. 372[3]) fand sich noch mit folgender Kritik ab: „Diese Vorstellung (der göttl. Proprietät) ist unchristlich, weil Gott Alles gehört, und wenn auch nur die Idee als das Rechtssubject gedacht wird, so liegt doch dabei die Idee Gottes zu Grunde.“ Hirschel (Archiv, 34, S. 273 ff.) erblickt in der Hübler'schen Auffassung „so recht die Oberflächlichkeit des Denkens (!) und den Mangel richtiger Begriffe“ (!). Wenn er aber trotz des Glaubens an die existirende Realität Gottes ein göttliches Eigenthum construirt, und dabei den „dem Opfer zu Grunde liegenden Gedanken“ zur Illustrirung heranzieht, so vergifst er, dafs wir hier kein juristisches Eigenthum haben. Und gerade das wollte bewiesen werden.

[2] Stimmen aus Maria Laach, IX. 72.

[3] S. 15. Hirschel bestreitet dies mit Unrecht (Archiv, 34 S. 274), indem er die allgemeine Rechtsidee mit der concreten Rechtsbestimmung verwechselt.

[4] Weiskes Rechtslexikon, 66.

gangen, körperlichen Dingen aufser dem Menschen die Persönlichkeit beizulegen und sie den Menschen gleichzustellen, und in der That ist dies eine sittliche Unmöglichkeit." Durch die Fiction wird das Mögliche zum Wirklichen, aber nicht das Unmögliche zum Möglichen. Wie aber ein überrechtliches Wesen durch Fiction ein rechtliches werden könnte, bleibt uns unbegreiflich. Das wäre nicht Fiction, sondern Zauber.

§ 61.

Das vermittelte göttliche Eigenthum.

Man hüte sich aber auch davor, die Rechtsfähigkeit Gottes auf die Menschennatur Christi zu bauen. Diesen Weg scheint Mühlenbruch[1] eingeschlagen zu haben: „Auch Christus und seine Apostel hatten gelebt und gewirkt, wie die mythologischen Personen der alten Welt; es liefs sich also bei ihnen ebenso gut, wie bei diesen, ein persönliches Fortbestehen annehmen." Gott hat allerdings, um das Erlösungswerk zu vollbringen, Menschennatur angenommen. Dafs Christus kraft seiner menschlichen Natur seiner Zeit Rechtsfähigkeit gehabt hat,[2] ist selbstverständlich. Die menschliche Natur ist nun mit der göttlichen in einer so engen hypostatischen Vereinigung, dafs nur eine Person vorhanden ist, und diese ist göttlich, nicht menschlich. Die menschliche Natur subsistirt also nicht in einer menschlichen, sondern in der göttlichen Person des Logos. Der Träger von Rechten ist aber nicht die Natur, sondern die Person, und so hätten wir freilich durch das Bindeglied der menschlichen Natur, durch welche sich das Recht constituirt, ein göttliches Eigenthumsrecht, weil dieses nur der (göttlichen) Person inhäriren kann. Diese Auffassung scheint sich zu befestigen durch die sog. *communicatio idiomatum sive proprie-*

---

[1] Forts. von Glücks Commentar, 39 S. 445.

[2] Dasselbe meint Schulte, Lehrb. 430[1], wenn er sagt, dafs der Gott-Mensch, so lange er auf Erden war, juristisch als Mensch erschienen sei. Diese Behauptung sucht Hirschel zu entkräften mit einer vom Zaun gebrochenen Verdächtigung von Schultes »Kenntnissen«, »Urtheil«, »Standpunkt« und »Charakter«, unter der ironischen Bemerkung, es liege hier „ein recht einleuchtendes Beispiel der Gründlichkeit der modernen Wissenschaft vor." (Archiv 34, S. 80.)

tatum, wonach die Eigenschaften und Handlungen beider Naturen von der einen göttlichen Person ausgesagt werden. *In concreto,* d. h. in Beziehung auf die bestimmte Person Christi kann man daher sagen, Gott ist gestorben; es ist aber nicht gestattet, die Prädicate in *abstracto* zu vertauschen und das Eigenartige der einen Natur auf die andere zu übertragen: man darf also nicht sagen: die göttliche Natur ist gestorben. So könnte man also vom theologischen Standpunkt aus sehr gut sagen: Gott ist juristischer Eigenthümer der *res sacrae,* nicht aber die göttliche Natur; vielmehr müfste man, wenn überhaupt die Natur Rechtssubject sein könnte, die menschliche Natur als Träger dieses Eigenthumsrechtes ansehen. Gerade hierin zeigt sich aber die Unbrauchbarkeit der theologischen Auffassung für den juristischen Aufbau: man meint die Natur und nennt die Person, ersterer entlehnt man den Rechtsgrund und der zweiten die Structur: das Ganze ist eine neckische Spielerei, und die Construction bei der ersten und dritten Person der Gottheit nicht anwendbar. Keinem Anhänger der göttlichen Proprietätstheorie fiel es bis jetzt ein, Christus auf Grund der menschlichen Natur als Eigenthümer anzusehen. Als thatsächliche *causa efficiens* erschien stets die göttliche Natur,[1] diese schliefst aber — selbst vom theologischen Standpunkt — ein juristisches Eigenthum aus.

Wie hier die menschliche Natur Christi zur Vermittlung des göttlichen Eigenthums angerufen wird, so versucht Uhrig durch Gewinnung der Heiligen die göttliche Proprietät zu ermöglichen: „Es treten diese Heiligen sofort als die berechtigten Personen selbst „in ihren Stellvertretern auf, werden beschenkt, als Erben eingesetzt, „schliefsen Verträge, verkaufen, verpfänden, geben zu Lehen und er-

[1] Am klarsten spricht das Hirschel aus (Archiv 34, S. 81): „Aber auch das Vermögen erhielten und verwendeten der Heiland und seine Jünger, wie gezeigt, nur in Kraft ihres Amtes und Berufes, Christus gerade als Gott-Mensch und die Apostel als die Stellvertreter des göttlichen Erlösers." Was die ältere Doctrin anlangt, so unterschied Paulus de Castro (15. Jahrh.) drei Arten von *universitates:* Die *„universitas repraesentans personas vivas"* (weltliche Corporation), die *„univ. repraesentans personam mortuam"* (ruhende Erbschaft), die Kirche aber als dritte nannte er eine *„universitas repraesentans personam quae nunquam potest dici vixisse, quia non est corporalis nec mortalis, ut est Deus" (Comment. ad l. 1 § 22 D. 41, 2 nr. 1—2).*

„scheinen als Kläger und Beklagte.“ [1] Geradezu komisch klingt es, wenn er hinzusetzt: „Es müssen aber Namen canonisirter Heiligen sein, weil nur diese in Staat und Kirche Personeneigenschaft besitzen.“ (!) Die Auffassung Uhrigs ist uns im Uebrigen nicht klar. In den angeführten Worten erscheinen die Heiligen als die berechtigten Personen, welche die Canonisation (!) mit Rechtsfähigkeit ausgestattet hat: sie sind also doch wohl die Eigenthümer! S. 56 aber hören wir: „Die Widmung geht auf Gott, jedoch ihrer Individualisirung wegen, in irgend einem heiligen Namen.“ Wer ist nunmehr Eigenthümer? Die Unklarheit erreicht ihren Höhepunkt S. 82, wo er das Verhältnifs der beiderseitigen Rechte unter dem Gesichtspunkt der Vertretung auffafst und Gott im Namen des Heiligen besitzen läfst. [2] Diese Construction, welche, wenn sie überhaupt einen Sinn haben könnte, diesen doch nur bei einem Theil der *res sacrae*, den Kirchen, hätte — denn nur hier erfolgt die Widmung an einen Heiligen — hat nach Uhrigs Auffassung zum tiefsten Grund die »Individualisirung« des Kirchengutes, „um „die verschiedenen Kirchen hinsichtlich ihres Vermögens in Gott „nicht zu confundiren, sondern jede einzelne gesondert, und ihr Ver„mögen gleich dem in die Ehe eingebrachten Brautschatz *(dos)* auf„recht und gesichert zu erhalten.“ [3] Diese verworrene Theorie, welche sich dadurch dem Rahmen der Spielerei zu entziehen und eine praktische Spitze zu gewinnen sucht, dafs sie „bei Pfarrkirchen zwischen dem Heiligen und der Gemeinde (Pfarrkindern) ein besonderes Verhältnifs von Rechten und Verbindlichkeiten“ construirt, [4] widerlegt sich am besten durch folgende Frage: Wie soll sich die in Kirchen- wie Staatsgesetzen ausdrücklich verlangte Vermögensscheidung vollziehen, wenn derselbe Heilige

---

[1] Kirchengut, 57.

[2] „Zur Verhütung aller Confusion wird überall betont, dafs die Dedication in letzter Instanz nicht dem Heiligen, sondern Gott selbst gelte, dafs sie aber im Namen des Heiligen geschehe.“ Wieder etwas anders ist die Färbung S. 2: Hier erscheint die *consecratio* als der feierliche Act, durch welchen „in feierlicher Weise unter . . . Anrufung eines besonderen heiligen Namens als künftigem Namen der Kirche, für Gott und seine Heiligen in Besitz genommen wird.“

[3] Das Kirchengut, 82 f. — [4] S. 108 Anm. 1.

an vielen Stellen als Kircheneigenthümer erscheint? Bei Struvius[1] erscheint z. B. St. Bonifacius in 250 verschiedenen Widmungen. So hätten wir ein Marien-, Petrus-, Paulusgut u. s. w., das sich aus Vermögensstücken der verschiedensten Länder zusammensetzt. Diese Regelung empfiehlt Uhrig „zur Verhütung aller Confusion".[2]

§ 62.

Folgerungen aus der *consecratio-benedictio.*

Es giebt kein juristisches Eigenthum Gottes an den ihm gewidmeten Sachen, denn es widerspräche dies dem Gottesbegriff; das göttliche Eigenthum vermittelt sich aber auch nicht durch die menschliche Natur Christi, noch durch die *dedicatio* an einen Heiligen.

Würden die *res sacrae* im Eigenthum Gottes stehen, so müfste dies durch die *consecratio-benedictio* bewirkt werden: diese wäre somit ein Act der Eigenthumsübertragung, eine besondere Erwerbsart: so fassen die Anhänger der göttlichen Proprietätstheorie die Sache thatsächlich auf. Seitz z. B. nennt die *consecratio* „eine Art mystischer Tradition in die specielle göttliche Proprietät."[3] Dem widerspricht aber sowohl Form als Materie der christlichen Weihe, welche keine Eigenthumsverschiebung bezweckt, sondern lediglich den Charakter der Heiligkeit zu verleihen bestimmt ist.[4] Die antike

---

[1] *Rerum german. scriptores, Ratisbonae 1726 (487—656).*

[2] Das Kirchengut, 82, und 101.

[3] S. 139. Ebenso Uhrig (das Kirchengut, 75): „Diese hohe Feierlichkeit *(consecratio)* kündet sich also neben dem über die Kirche erflehten Segen in rechtlicher Beziehung als eine vollständig körperliche Besitzergreifung an," sie bewirkt, dafs „Staat, Gemeinde, Privatpersonen und überhaupt Laien unfähig erscheinen, Kircheneigenthum zu besitzen" (S. 110). Mooren ist vorsichtiger: Der „Act der Einweihung" »ersetzt« nach ihm die Uebergabe (Eigenthum der Kirchhöfe, 27), aber den Beweis ist er schuldig geblieben.

[4] Brinz, Pand., 1. Aufl., II. 1047: „Von dieser (heidnischen) juristischen Grundlage (der Eigenthumsübertragung) nun aber ist die christliche Consecration gewichen. Ihr Rituale enthält mit keinem Worte eine Hingabe, wohl aber in Worten und Handlungen eine gewisse Qualificirung der Sache (2. Aufl., I. 207 u. 460). So auch Hinschius, Kirchenrecht II., 623 ff. Sybel, das altkath. Bisthum, 4 f. Insbesondere hat Th. Aug. Müller neuestens in einer vorzüglichen Abhandlung

consecratio war ein „geistlicher Rechtsact",[1] wenn Uhrig aber auch die christliche *consecratio* einen „Rechtsact" nennt, so irrt er. Sie ist ein ausschliefslich sacramentaler Act, der nur sacramentale, aber keine rechtliche Wirkungen hat. Wie die Feststellung der sacramentalen Folgen eine lediglich kirchliche Angelegenheit ist und die Mitwirkung oder gar einseitige Regulirung des Staates ausschliefst, so offenbart sich die Normirung der Rechtswirkungen als eine ausschliefslich staatliche Function. Nach Seitz und seinen Anhängern ist die *consecratio-benedictio* ein privatrechtlicher Erwerbstitel:[3] woher will aber die Kirche das Recht herleiten, neue civilrechtliche Erwerbstitel zu schaffen? Das wäre — falls eine derartige Machtäufserung nicht als ein durch das jeweilige Staatsrecht gegebenes oder gebilligtes Privileg erscheint, wie wir dies beispielsweise bezüglich der *professio religiosa* anzunehmen haben, sondern falls sie unter dem Gesichtspunkt einer originären innerlich kirchlichen Gewaltsbefugnifs auftritt — von Seiten der Kirche eine gröbliche Verkennung

(Ueber das Privateigenthum an katholischen Kirchengebäuden, 1883), von welcher wir leider zu spät Kenntnifs gewannen, dies ausführlich bewiesen. Die Bedeutung dieser Arbeit wird am wenigsten durch Hirschel gemindert werden können, welcher in seiner Recension, gleichsam mit verbundenen Augen, erklärt: „Dafs an katholischen Kirchengebäuden Privateigenthum möglich und wirklich ist, dafs die Consecration oder Benediction einer Sache an sich die Eigenthumsfrage nicht berühren, wird von Niemandem ernstlich bezweifelt, noch weniger bestritten." (Archiv 51, S. 201.) Gleichfalls fehlerhaft ist es, wenn Hirschel (und hierin stimmt er allerdings mit Müller überein) eine Vermuthung für das kirchliche Eigenthum der *res consecratae* ausspricht. Er hat vergessen, das Gesetz namhaft zu machen, worauf sich dieselbe gründet. Hirschel hält irriger Weise das, was man im täglichen Leben mit meistens oder in der Regel bezeichnet, schon für eine juristische Praesumtion. Diese ist aber erst vorhanden, wenn das Gesetz etwas als Regel bezeichnet. Vgl. S. 255 f.

[1] Uhrig, Tüb. Theol. Quartalschr. 1878, S. 408. Auch Brinz, Pandekten, 1. Aufl., II. 1046 nennt sie einen »Rechtsact«, und Gierke III. 64[101] spricht vom „dinglich wirkenden Rechtsgeschäft der *dedicatio*." Vgl. auch Th. Müller, Ueber das Privateigenthum an kath. Kirchengebäuden, 18.

[2] Das Kirchengut, S. 2.

[3] Das schwebt offenbar auch J. H. Böhmer vor bei seiner Darstellung im *jus prot. eccl.* III. t. 40 § 43, sowie 8, 11, 37, 45. Vgl. ferner insbesondere Hirschel: „Selbst wenn Private Kirchen für sich erbauten und dotirten, geben dieselben, sobald sie consecrirt sind, wie auch das zu ihrem Unterhalt ausgesetzte Gut in das Kirchenvermögen über." (Das Eigenthum an den kath. Kirchen. S. 33.)

der ihr von Gott gesetzten Schranken, und sie hätte eine gebührende Zurechtweisung von Seiten des Staates zu gewärtigen. Die Festsetzung der aus einem sacramentalen Act herfliefsenden privat- oder staatsrechtlichen Folgen ist ausschliefslich Sache des Staates, erledigt sich also nach dem Privat- und Staatsrecht. Die frömmelnden Theorien sind ebenso unrichtig als provocirend, im Uebrigen der kirchlichen Gesetzgebung unbekannt und von der intellegenteren Canonistik verworfen. Suarez sagt schon: *„nulla ratio est, cur consecratio sola dominium auferat.“* [1] Also die *consecratio-benedictio* für sich allein begründet keine Eigenthumsrechte, wohl aber kann das geschehen durch ein die *consecratio* begleitendes, ihr vorangehendes oder folgendes Rechtsgeschäft oder durch concludente Handlungen; dann ist aber hierin, und nicht in der *consecratio,* der Rechtsgrund der Eigenthumsverschiebung zu suchen.

Die Stellung der römischen Götter im Rechtsleben hatte, wie wir sahen, ihre vornehmste Stütze in der durch die *consecratio* bewirkten realen Anwesenheit derselben in ihren *signa.* Wir erinnern nur an die bezeichnende Stelle: *„ornatur, consecratur, oratur, tum*

---

[1] *Defensio fid. cathol. lib. IV., c. 19, n. 5.* Aehnlich Hinschius, Kirchenrecht II. 623: „Die Consecration der Kirche ändert nichts in den Rechten des Eigenthümers.“ Brinz, Pand., 1. Aufl., II. 1047 f.: „Dafs die Sache aus ihrem bisherigen Eigenthum weg und an den Zweck, dem sie nunmehr dienen kann und allein dienen darf, hingegeben werde, ist in der *consecratio* nicht enthalten, weder unmittelbar, noch mittelbar. Nicht unmittelbar: denn der Consecrationsact tritt, wie gesagt, nicht als Vergabung auf; nicht mittelbar: denn daraus, dafs eine Sache für einen bestimmten Zweck nunmehr dienen kann und allein dienen darf, folgt noch nicht, dafs sie für diesen Zweck auch weg- und hingegeben sei, mithin auch ihm gehöre. Das Gehören ist ein von der Bestimmung, Verwendung, dem Gebrauch und dem Gebrauchsrecht überall verschiedenes Rechtsverhältnifs (1024, 1028), das Gehören für etwas nicht minder als das für irgend wen oder das Eigenthum. So wenig ein Servitutberechtigter deswegen, weil ihm die Benutzung der Sache, vielleicht allein, zusteht, sagen darf, dafs sie ihm gehöre, so wenig dürfen wir von einem Kelche schon um deswillen, weil er seine gewisse, wenngleich überdies rechtlich befestigte und ausschliefsliche Bestimmung hat, sagen, dafs er für diesen Zweck auch gehöre; ebensowenig als der Eigenthümer durch Bestellung der Servitut sein Eigenthum aufgiebt, geht dieses durch die blofse Consecration der Sache verloren.“ Vgl. auch 2. Aufl., I. 207, 460 ff. Gierke, Genossenschaftsrecht, III. 66 N. 112.

postremo deus est.“[1] Hätte man diese Worte, die Minucius Felix nur in der Absicht, die heidnische Anschauung ins Lächerliche zu ziehen und ihren namenlosen Abstand von der christl. Auffassung zu betonen, in so drastischer Weise zugespitzt hat, richtig gewürdigt, so wäre vielleicht die Wissenschaft vor dem taktlosen Versuche bewahrt worden, die wirkliche Gegenwart Christi im heiligen Altarsacrament in der Weise der heidnischen Vorstellung auszunutzen. Nachdem aber schon Goede (Goden)[2] in der Gegenwart Gottes den Grund für den traditionslosen Erwerb des kirchlichen Eigenthums erkennen wollte, hat diese Auffassung neuestens durch Uhrig einen bezeichnenden Ausdruck bekommen. Dieser spricht zunächst mit Berufung auf Mos. III. 27. 30. 32, IV. 18. 21 „das Eigenthum des Tempels und all seines Vermögens“ „Gott dem Herrn“ zu.[3] „Was aber den Juden und Israeliten nur „eine Ahnung und Vorstellung war, das ist den Christen und ihrem „heiligen Glauben zur Erfüllung und Wahrheit geworden, indem hier „auf dem christlichen Altare in Brods- und Weingestalten der Herr „mit Fleisch und Blut zugegen ist, und zu seinen Füfsen in seliger „Verklärung die theuren Ueberreste seiner frommen Diener ruhen.“[4] Letzteres soll ein Pendant zu dem S. 70 erwähnten Heroendienst sein. Wir glauben unsern Respect vor den Mysterien dadurch am besten zu bekunden, wenn wir dieser Anschauung des Weiteren nicht mehr gedenken.

§ 63.

Die Unbestimmtheit der Justinianeischen Normirungen.

Würde es sich hier nur um die oft besprochene und oft belächelte göttliche Proprietät am Kirchen v e r m ö g e n handeln, die, gestützt auf den Cultuszweck desselben, die Intention der Geber,

---

[1] S. 275. — [2] † 1521. *Consilia 9, n. 17—18.*

[3] Das Kirchengut, 30. Quast (Schlofskapellen, S. 2) nimmt dagegen hier einen Gegensatz zwischen der alt- und neutestamentlichen Anschauung an: „Als nun Gott Mensch geworden, und die Menschen mit Gott wieder versöhnt waren, da hörte Gott auf, in Tempeln zu wohnen, die von Menschenhänden gemacht waren. Der Vorhang zerrifs, der das Allerheiligste bis dahin verdeckt hatte, und der steinerne Tempel selbst ward nicht lange darauf für immer zerbrochen.“

[4] Das Kirchengut, S. 71.

die Anschauung der Kirche, die Aussprüche der Kirchenväter, der Concilien, Päpste und Kaiser, die Zustimmung der Doctrin, die beschränkten Dispositionsbefugnisse der Beneficiaten etc., sich breit machte,[1] — auch „das gute, alte katholische Bewufstsein“ mufste wieder herhalten,[2] — so hätten wir kein Wort darüber verloren: diese Theorie ist gerichtet durch sich selbst.[3] Aber die Frage des Eigenthums an den *res sacrae* ist, was man bis jetzt allgemein übersah, doch nicht so einfach. Die römischen Rechtsquellen sind hier anscheinend der göttlichen Proprietät recht günstig, und Namen wie Hellfeldt,[4] Mühlenbruch,[5] Puchta[6] u. s. w. müssen allein schon zur ernstesten Prüfung auffordern.

Man ist sich bis zur Stunde nicht klar über den Unterschied des altrömischen und Justinianeischen Rechts, und so mufste auch das gemeinrechtliche Ergebnifs getrübt werden. Und die Civilisten, welche nunmehr die menschliche Dominialtheorie vertreten,[7] sehen in ihr doch meistens nur das Ergebnifs nachjustinianeischer Entwicklung,[8] wobei wir dann freilich jeglichen historischen Anhaltspunkt vermissen. Wann und durch wen hat sich denn eine Aenderung vollzogen? Diese Frage ist zur Stunde noch zu beantworten. Bezeichnet es doch Titius noch im Jahre 1741 als „gemeine Meinung“ die er dann bekämpft, dafs die *res sacrae* „keinem Menschen zugehören“;[9] und Puchta spricht in seinen Vorlesungen

---

[1] Hübler, S. 6—9.

[2] Pruner, Lehre vom Recht und der Gerechtigkeit, I. 214.

[3] Mejer, Lehrb. des K. R. 422, erwähnt sie denn auch nur in der kurzen und drastischen Weise: „unklarer Anschauungen nicht zu gedenken.“

[4] *s. v. dominium, § 7.* — [5] Glücks Commentar, 39 S. 445.

[6] Vorlesungen über das heutige röm. Recht, § 35.

[7] Kreittmayr, Huber, Leyser, Wächter, Unger, Windscheid, Brinz, Wappäus u. s. w. Vgl. v. Poschinger, S. 310 f.

[8] So bemerkt Wächter in seinem Handbuch des in Württemberg geltenden Privatrechts II. S. 282, im römischen Recht sei angenommen worden, die *res sacrae* gehörten den Göttern, und auch in der christlichen Zeit habe noch lange der Gedanke vorgeherrscht, dafs sie Gott oder einem Heiligen gehörten. „Nach unseren Begriffen sind die geheiligten, d. h. zum christlichen Gottesdienst unmittelbar bestimmten . . . Sachen Gegenstand des Eigenthums.“ Glück, Comm. II. § 167: „Allein heutigen Tages denken die Katholiken über das Eigenthum der zum Gottesdienst geweihten Sachen richtiger.“ Aehnlich § 168.

[9] Probe des Teutschen geistlichen Rechts, 3. Aufl. II. 6 § 41 u. 45.

über das **heutige** römische Recht (§ 35) den Satz aus: „Ganz absolut gilt dies (Unmöglichkeit des weltlichen Eigenthums) von den *res divini iuris,* die in keines Eigenthum stehen, auch nicht der Kirche," eine Auffassung, die von Siebenhaar wörtlich recipirt wurde.[1]

Für den Wirrwarr, der in vorliegender Frage herrscht, machen wir in erster Linie die Justinianeische Gesetzgebung selbst verantwortlich. Was wir bezüglich der begrifflichen Normirungen Justinians zu sagen hatten, müssen wir hier in verstärktem Grade wiederholen. Warum bequemte sich der Gesetzgeber nicht zu einem bestimmten, die Eigenthumsfrage in besagter Richtung klar stellenden Ausspruch? Es machte ihm Freude, die Rechtsanschauung seiner Zeit in die alten, längst unbrauchbaren Schulformen *(res divini iuris, res nullius)* zu bannen. Er dachte nicht daran, die neuen Rechtsgedanken, wie sie in einzelnen Anwendungen bereits hervortraten, auch unter eine passende Formel zu bringen und den Bann der überlieferten Begriffe zu durchbrechen. Und wenn auch ferner die christliche Volksanschauung auf Gott und die Heiligen die Vorstellung der Rechtssubjectivität anwandte,[2] so mangelte doch dieser populären Auffassung die juristisch-technische Bedeutung. Hätte die Justinianeische Gesetzgebung in kluger Selbständigkeit und praktischer Klarheit zu der Eigenthumsfrage Stellung genommen und sich von den althergebrachten Formeln loszumachen verstanden, so wäre die sinnlose Theorie von dem göttlichen Eigenthum an den *res sacrae* im christlichen Staate schwerlich entstanden. Aber, wir wiederholen das treffende Wort Gierkes:[3] „Die schöpferische Kraft zu gedanklichem Neubau war dem alternden Rechtsgeist der Antike entschwunden."

c. Das canonische Recht.

§ 64.

Kein göttliches Eigenthum.

Es darf nicht verwundern, daſs auch das canonische Recht zum Beweis der göttlichen Proprietät angezogen wurde, und zwar, wie aus Hübler genügend zu ersehen ist, schon sehr

[1] Lehrb. des Sächs. Privatr. 1872, S. 71.

[2] Gierke, II. 527[4], III. 66. — [3] III. 107.

früh.[1] In der neueren Zeit erfolgte die Berufung auf die kirchenrechtlichen Quellen auch von Glück[2] und Uhrig,[3] am entschiedensten aber von Seitz und Pruner. Ersterer erklärt das Dogma der Divinaltheorie für einen Satz, „der auf klaren und unzweideutigen Kirchengesetzen beruht."[4] Es ist ihm unzweifelhaft, dafs aus diesen „auf das Bestimmteste und Entschiedenste die Theorie hervorgeht, dafs keine menschliche Person ein Recht an dem Vermögen der Kirche habe, dafs die Proprietät desselben allein Gott oder Jesu Christo zustehe."[5] Und Pruner sagt: „man höre die Worte des canonischen Rechts ... soll dies Alles nur uneigentliche Redeweise oder zu belächelnde Gutmüthigkeit sein?"[6] Wir wollen daher in Befolgung dieser Aufforderung eine Musterung der für besonders relevant erklärten Stellen des canon. Rechts vornehmen, uns aber mit Rücksicht auf die Unbedeutenheit des Einwandes, der übrigens schon von verschiedener Seite die richtige Antwort gefunden hat, kurz fassen.

Glück[7] und Pruner[8] berufen sich vor Allem auf c. 3. C. 12, q. 2.[9] Dieser Canon spricht jedoch nur von der besonderen Heiligkeit consecrirter Sachen sowie von ihrem ausschliefslich gottesdienstlichen Zweck. Dies geht recht deutlich aus dem ebenfalls von Pruner angerufenen c. 5. C. 12, q. 2 hervor, wo das *„Domino substrahere"* als identisch erklärt wird mit *„humanis applicare usibus et sibi servire"* und im Gegensatz steht zu *„divinis usibus tradita."*

---

[1] Die Antidominialtheorie wird von vielen Canonisten vertreten, wie ein Blick in Hübler (4 f.) und v. Poschinger (268 f.) überzeugt, und zwar sind es Namen von gutem Klang: Antonius de Butrio, Abbas Panormitanus, Martinus Navarrus, Martinus Bonacina, Fagnan, v. Espen, Fleury, Reiffenstuel, Zallinger, Devoti, Permaneder, Rofshirt, Büff, Montpellier, Helfert, Kahle, Molitor, Winkler und Walter in der letzten Auflage seines K. R. Kein Wunder, wenn daher Puchta (Vorlesungen über das heutige römische Recht, § 35) von dieser Theorie meint, dafs sie „auch in der katholischen Kirche recipirt" sei.

[2] Commentar, II. § 167. — [3] Das Kirchengut, 110.

[4] S. 139. — [5] S. 316.

[6] I. 214. — [7] II. § 167. — [8] I. 214.

[9] *„Nulli liceat ignorare, omne quod Domino consecratur, sive fuerit homo, sive animal sive ager, vel quidquid semel fuerit consecratum, sanctum sanctorum Domino erit et ad ius pertinebit sacerdotum. Propter quod inexcusabilis erit omnis, qui a Domino et ecclesia, cui competunt, aufert, vastat, invadit vel eripit et usque ad emendationem ecclesiaeque satisfactionem ut sacrilegus iudicetur et si emendare noluerit, excommunicetur."*

Das Verbot geht darauf, *„ne usibus secretorum coelestium dicata vexentur."* So erklärt sich auch in c. 26. C. 12, q. 1 das *„Domino oblatae"* mit *„praefatos usus fideliter servandae."* [1] Dafs in dem oben citirten c. 3 von einem juristischen Eigenthum Gottes keine Rede ist, sieht man schon daran, dafs sonst auch die consecrirten Personen, welche mit den consecrirten Sachen in derselben rechtlichen Gesichtsweite erscheinen, im (göttlichen) Eigenthum stehen müfsten, was ebenso unjuristisch als absurd wäre. Es geht aber auch schliefslich daraus hervor, dafs der erwähnte Canon an der Stelle, die noch am ersten die Eigenthumsfrage reguliren zu wollen scheint, neben dem *competere Deo* auch ein *competere ecclesiae* hat, falls wir nicht, was auch anginge, das *competere* sogar auf die *ecclesia* beschränken. Auch der von Pruner [2] aufgebotene c. 1. C. 12, q. 2 hat *pecunias Christi* und *pecunias ecclesiae* nebeneinander. Da es aber ein *condominium in solidum* nicht giebt, so geht mit Sicherheit hervor, dafs das *dominium Christi* uneigentlich zu nehmen ist. Dasselbe ist zu sagen über den von Glück für entscheidend gehaltenen c. 4. des Conc. Trosleian (909): *„quaecuncque Ecclesiae sunt, Christi sunt et quicuncque ab ecclesia aliquid ex his quocunque modo alienaverit, abstulerit, invaserit, vastaverit, minoraverit sive diripuerit, quia Christus et eius Ecclesia una est persona, procul dubio sacrilegium committit."* Wem kann es aber entgehen, dafs hier gerade das *dominium Ecclesiae* als das grundsächliche Eigenthum erscheint *(quaecunque Ecclesiae sunt)*, und dafs nur durch einen Schlufs neben diesem bestehenden kirchlichen Eigenthum noch ein besonderes göttliches Eigenthum construirt wird. Dieser Schlufs ist aber falsch und für die juristische Eigenthumsfrage ganz ohne Bedeutung; denn der Grundsatz, von welchem der *canon* ausgeht, dafs Christus und seine Kirche *una persona*, ein und dieselbe Person seien, wäre, falls wir ihn im Sinne einer schlechthinigen und absoluten Identität nehmen wollten, — und nur von hier aus wäre er bedeutungsvoll, — ein Irrthum, war aber auch sicherlich nicht so gemeint. Dieselbe bildliche Redeweise

---

[1] Vgl. auch Schulte, System 481, Phillips, Lehrb. 682, Hübler 11 und die dort (Anm. 18) citirten Schriftsteller. — Ferner Gitzler, Lehrb. 372[3] und Hirschel im Archiv f. kath. K. R. 34, S. 261 f.

[2] I. 214.

liegt vor in den ebenfalls zum Beweise benutzten c. 16 X. 3, 5 und c. 34 in VI°. 1, 6, wo von einem *patrimonium Christi,* und in *c. Apost. 39* sowie *Trid. de reform. XXV, c. 1,*[1] wo von *res Dei* und *res dominicae* die Rede ist. Alle diese Stellen sprechen nur von der gottesdienstlichen Bestimmung der *res sacrae,* und da glauben wir, dafs die Stabilität der Zweckbestimmung ein wirksameres Praeventiv ist als die Fixirung eines besonderen Eigenthums, an dem ja Rechte erlangt werden können. Wie nun Pruner noch gar den c. 25 C. 16, q. 7 für sich anführen kann, ist uns völlig unbegreiflich: hier liegt weiter nichts vor, als das übrigens selbstverständliche Verbot staatlicher oder privater Säcularisation, ähnlich wie in dem von Seitz für belangreich erklärten c. 2 X. 3, 13 und c. 13 X. 5, 40. Nicht anders sind schliefslich die von Seitz[2] ausgebeuteten Aeusferungen des Ambrosius und Hosius sowie die Aussprüche der Kirchenväter, Concilien, Päpste und Kaiser zu deuten.[3] v. Poschinger[4] citirt noch als c. 3 X. 3, 5: *„ecclesiae res nullius in bonis sunt, nec quisquam proprius sibi potest vindicare."* Aber auch eine *lex* in der obigen Formulirung hat für uns nichts Bedenkliches. Die *res ecclesiae* gehören einer kirchlichen unkörperlichen Person, und infolgedessen hat ein Privater ihnen gegenüber keinen Anspruch.

Nach dem oben citirten c. 3 C. 12, q. 2 würde man es eher für begreiflich halten, wenn Seitz ein juristisches Eigenthum der Priester construirte *(ad ius pertinebit sacerdotum),* wie er ja auch für seine Eigenthumstheorie die Aeufserung des Ambrosius citirt: „Die Paläste gehören dem Kaiser, die Kirchen dem Priester";[5] in der That weist er ihnen, wenn auch nicht das Eigenthum, so doch den Besitz[6] an, indem der Priester „für Gott auf Erden vicariirt." Dafs aber auch diese Auffassung falsch ist, ist anderwärts bereits ausführlich dargethan.[7]

---

[1] Martin. Navarrus *(tractatus de reditibus eccl. 1616 I. p. 28),* Bonacina *(tractatus de censuris, III. 99),* Pruner I. 213 f.

[2] S. 140.

[3] Sie sind erwähnt bei v. Poschinger, 309, 319 ff.

[4] S. 273. Der c. 3 X. 3, 5 lautet aber: *„ratio nulla permittit, ut quod pro communitate datum esse cognoscitur, propriis cuiusquam usibus applicetur."*

[5] S. 140. — [6] S. 140.

[7] Vgl. Hübler. 29 ff.

Ferner konnten die c. 13 und c. 26 C. 12 q. 1, sowie c. 3 X. 3, 5 die *res sacrae* eher als *res communes omnium* erscheinen lassen. Aber wie schon v. Poschinger hervorhebt, will hiermit blofs ausgedrückt werden, dafs die *res sacra* „gemeinschaftlichen kirchlichen Zwecken zu dienen berufen sei, und dafs jede egoistische und particularistische Hand von vornherein ferngehalten werden müsse.“ [1]

Das canonische Recht kann somit, das ist das Ergebnifs unserer Untersuchung, in keiner Weise zur Stütze der Antidominialtheorie angezogen werden; alle zu diesem Behuf aufgebotenen *canones* bestimmen den Zweck, aber nicht den Eigenthümer. Und Hübler hat Recht, wenn er behauptet, dafs nicht eine Stelle nachgewiesen werden könne, welche die Frage nach dem Eigenthumssubject überhaupt virtuell behandelte oder entschiede. [2]

d. Die verschiedenen wissenschaftlichen Theorien.

§ 65.

1. Die Papaltheorie.

Wenn wir unserem Ergebnifs eine positive Formulirung geben wollen, so können wir sagen: Die *res sacrae* stehen im irdischen Eigenthumsverband: *res sacrae sunt in dominio.* Bei der nun noth-

---

[1] S. 275. Vgl. auch Gitzler, Lehrb. 372[3].

[2] Aehnlich Schulte, System II. 477 und K. R. 1873: „Kein Kirchengesetz hat einen theoretischen Ausspruch gethan über die Frage: wem innerhalb der Gesammtkirche das Eigenthumsrecht an den einzelnen Vermögensobjecten zustehe.“ Ebenso betonte Windthorst (Bielefeld) bei der Berathung des preufs. Kirchenvermögensverwaltungsgesetzes am 16. Febr. 1875 (Stenogr. Ber. S. 275), dafs die kathol. Kirche „als solche niemals durch den competenten Mund irgend eine Interpretation, irgend eine Erklärung darüber abgegeben hat, wer theoretisch oder praktisch als Rechtssubject anzusehen sei.“ v. Schorlemer-Alst schlofs sich dieser Ansicht an (Stenogr. Bericht, S. 289), Jazdjewski aber widersprach (Stenogr. Ber. S. 300). Auch Hirschel giebt zu, dafs die Eigenthumsfrage im can. Recht nicht ausdrücklich entschieden sei (Archiv, Bd. 34 S. 260). Nach Uhrig ist hier sogar ein „scheinbar unlösbarer Widerspruch“ (Tüb. Theol. Quartalschr. 1878, S. 391). Eine ganz allgemeine Richtigkeit haben die citirten Aussprüche nun freilich nicht, denn die Gesammtkircheneigenthumstheorie wenigstens ist, wie wir sehen werden, und worauf schon Poschinger S. 227 aufmerksam gemacht hat, durch die päpstliche Mendicantengesetzgebung ausdrücklich verworfen.

wendigen Untersuchung, wer als Träger dieses Eigenthums zu betrachten sei, haben wir vorerst einen Blick zu werfen auf die sogenannten „Irrfahrten der Wissenschaft nach dem gleichsam unfindbar gewordenen Subject." [1] Auch das Ergebnifs dieser Untersuchung wird ein negatives sein.

In erster Linie haben wir uns hier mit der sog. Papaltheorie zu beschäftigen. Da nämlich, wie selbst Seitz [2] einräumt, der Christengott einer juristischen Construction nicht fähig war, [3] so kam man, von der Divinaltheorie ausgehend, mit Leichtigkeit zum Papalsystem. Filliucius, [4] ein spanischer Moralist aus dem 17. Jahrh., der Hauptvertreter dieser Theorie, charakterisirt diesen Gedankengang in folgender Weise: *„Quia Pontifex Christum repraesentat, unum censetur cum illo et illius vices absolute refert; eo ipso quod esse dicitur sub dominio Christi, sub dominio quoque Pontificis esse debet, nam non minus Pontifex Christum repraesentat, quam heres universalis et absolutus testatorem; quare . . . inde (scl. ex dominio Christi) sequi, Pontificem esse dominum."* Damit ist denn die *„persona politica"* gefunden, *„quae vitam nobiscum civilem societatemque mutuam cum aliis exercere possit. Dominium enim civile ad vitam socialem, quae consistit in mutuo commercio dandi et accipiendi, natura sua est ordinatum. Sed Christus non est iam huismodi persona, ut per se patet, nec est in illo statu, ut possit iam ad hanc conditionem pervenire: non est ergo Dominus, de quo quaerimus."* [5]

Dieses Theorem fällt mit der Antidominialtheorie. Man hat die Begründung der päpstl. Proprietät aber auch schon auf einer anderen Grundlage versucht. Wie Martinus schon so weit ging, dem Kaiser in mifsverständlicher Auffassung von l. 3 C. 7, 37 *(quum omnia Principis esse intellegantur)* das juristische Eigenthum an

---

[1] Hübler, S. 113. — [2] S. 140.

[3] Schulte *de rerum eccl. dom.* 28; Braun, das kirchliche Vermögen, 37; Hübler, 11.

[4] *Tractat. 44 de alienat. rer. Eccl. c. 3 § 1 n. 7.* Unter n. 3 führt Filliucius als Anhänger des Papalsystems noch auf: Felinus, Archidiaconus, Vvamesius, Redoanus, Flaminius, Parisius. — Vgl. über die Anhänger der Papaltheorie insbesondere Hübler 23 ff.

[5] a. a. O. So insbesondere schon bei Paulus de Castro († 1441) und Marianus Socinus († 1556) [bei Hübler, 24 [3]].

allen Gütern zuzusprechen,[1] so hat sich kirchlicherseits dieselbe Lehre zu Gunsten des Papstes breit gemacht.[2] Und wie für das weltliche Recht Bulgarus mit seiner Meinung immer mehr durchdrang, dafs über dem Privateigenthum höchstens ein staatliches Hoheitsrecht anerkannt werden dürfe, das man bald *jurisdictio* oder *protectio*, bald auch im beschränkteren Sinn *dominium* nannte,[3] so wurde der schon im römischen Recht eingeschränkte und modificirte Dominialbegriff in analoger Weise auch im Interesse des Papstes zur Anwendung gebracht und der ganze mittelalterliche bis in die neuere Zeit sich fortschleppende Wirrwarr von den verschiedensten Dominien[4] hier reproducirt. Dieses auf das ausgedehnte päpstliche Dispositions- und Verwaltungsrecht[5] aufgebaute sog. dominiale Recht war und ist aber keineswegs ein Eigenthumsrecht, ist überhaupt nicht privatrechtlicher Art, sondern ein ausschliefsliches jurisdictionelles Hoheitsrecht. Die *plenitudo potestatis* hat mit dem Eigenthumsrecht nichts zu schaffen: das hat bereits Caietanus nachgewiesen[6], und darf heute als eine feststehende Thatsache gelten.

Es ist uns zwar kein bestimmter Fall bekannt, wo die päpstliche Proprietätslehre einmal in ausdrücklicher Berücksichtigung des Eigenthums an den *res sacrae* entwickelt worden wäre, aber bei der früher herrschenden Ansicht, dafs die *res sacrae* stetshin ein Theil des

---

[1] Vgl. Gierke, III. 616.

[2] Vgl. Georg Meyer, das Recht der Expropriation 1868, S. 86 ff.

[3] Accursius in gl. z. l. 2 D. 1, 8 *(v. littora)* und die bei Gierke (III. 616 N. 271) erwähnten Juristen des Mittelalters. Man unterschied jetzt ein *dominium ratione iurisdictionis* und ein *dominium ratione proprietatis.* Bei Baldus wiederholt sich derselbe Unterschied; das erstere ist ihm *iure publico,* das zweite *privato.* Vgl. im Einzelnen Gierke, III. 616 f.

[4] Schoock, *de bonis vulgo eccles. dictis* c. 90 unterscheidet sogar ein vierfaches *dominium: proprietatis* (ohne Träger), *absolutissimum* (Gottes), *directivum* (Staat), *possessionis sive servitutis* (Clerus).

[5] Filliucius l. c. c. 3 n. 10: „*Absolute loquendo nulla persona in terris sive vera et particularis sive ficta, ut communitas quaedem et coetus universalis, plus potestatis habet in bona Ecclesiastica, quam Pontifex ipse, sed ille semper longe plus potest, ergo vel nullus dominus dicendus est in terris horum bonorum, vel Summus Pontifex dicendus est. . . . . Sacri canones Summo Pontifici concedunt liberam, plenam, absolutam facultatem disponendi de istis bonis, sed haec est definitio dominii aut illi aequalens.*

[6] Vgl. Hübler, 28.

Kirchengutes seien, braucht man dies auch nicht zu fordern. Zum Ueberflufs wird es uns aber von Kreittmayr [1] verbürgt, wie es auch aus der bei v. Poschinger [2] erwähnten Polemik Carocs mit Sicherheit zu entnehmen ist, dafs diese Theorie die *res sacrae* umfafste. Dagegen ist es uns nicht so zweifellos, ob sich auch die sog. Armentheorie [3] in der Sacralfrage schon breit gemacht hat, da sämmtliche für diese geltend gemachten Gründe (die auf die Armenpflege gerichtete Zweckbestimmung des Kirchengutes, die altchristliche Sprachweise: *patrimonium, bona pauperum,* l. 26 C. 1, 2 [4]) auf die dem gottesdienstlichen Zweck dauernd überwiesenen *res sacrae* keine Anwendung finden können.

§ 66.

2. Die Publicistischen Theorien.

Die publicistischen Theorien, das verweltlichte Gegenstück der Papaltheorie, haben das Sacraleigenthum dem Staat resp. den

---

[1] Anm. z. bayr. Landr. II. c. 1 § 2 N. 2. — [2] S. 314.

[3] Hübler 17 ff. Diese Theorie hat ihren vornehmsten Vertreter in Thomass in *(vetus et nova disciplina ecclesiae III. 3 c. 26 sq.)* und neuestens in Rofshirt für die letzte Phase seiner Entwicklung (Canon. Recht, 1857 S. 488), welch letzterer sich übrigens die Sache sehr leicht machte: „Unbezweifelt (sic!) ist das Kirchengut heute noch Gut der Armen, und Niemand hat Recht darüber wie die Armen." Bereits im 16. Jahrh. wurde sie von dem spanischen Canonisten Fr. Sarmiento de Mendoza († 1595) eingehend widerlegt, und die moderne Canonistik spricht von ihr als einem überlebten Irrthum. Vgl. Schulte, *de rer. eccl. dom.* p. 33, System 482; Braun, 35; Hübler, 19 ff.; v. Poschinger, 272. Auf das Gefährliche dieser Theorie macht besonders Sternberg aufmerksam: „Mit den Armen (als den Eigenthümern des Kirchengutes) ist den Staaten ein neuer Titel zu beliebigen Expropriationen gegeben; die Armenpflege ist in unserer Zeit von Staat und Gemeinde übernommen; da nun das Kirchenvermögen nach dem Geständnifs der Kirche in ihren eigenen Gesetzgebungen und nach der Zustimmung anerkannter Autoritäten nicht Eigenthum der Kirche, sondern ihr fremdes, von ihr nur verwaltetes Eigenthum der Armen ist, so hat die Verwaltung desselben durch die Kirche ihren Zweck verloren, und sie wird gebeten, dem Eigenthümer, der jetzt in den Spitälern des Staates und der Gemeinde etc. Domicil hat, dasselbe in seine neue Wohnung gefälligst verabfolgen zu lassen" (Versuch einer jur. Theorie vom Eigenthum der kath. Kirche, S. 35). Dafs die badische Gesetzgebung thatsächlich zu einem ähnlichen Schlufs gekommen ist, erhellt aus § 47 ff.

[4] *Ea autem omnia deferuntur ecclesiis, ut in pauperum educationem distribuantur."*

Fürsten in die Hände gespielt. Dabei ging man, wie wir früher schon andeuteten, von der Resnullius-Qualität aus, so insbesondere Schoock (Remonstrant) mit seiner Quadrupeltheorie,[1] H. Grotius[2] und Carpzow.[3] Zum noch gröfseren Theil freilich entwickelte sich dieses Theorem auf der sogen. staatskirchenrechtlichen Grundlage — bald unter Betonung eines staatlichen *dominium eminens*,[4] bald

---

[1] Vgl. S. 311 N. 4.

[2] *De iure belli et pacis* III. c. 5 § II. 1—3. Deutlicher spricht er sich in der Schrift *de imperio summarum potestatum circa sacra* aus, die er übrigens, um der seit 1618 herrschenden Secte der Contraremonstranten nicht selbst Waffen zu liefern, nicht veröffentlichte, und die daher erst ein Jahr nach seinem Tode (1646) publicirt wurde.

[3] *Jurisprudentia consistorialis II. 299.*

[4] H. Grotius l. c. I. c. 1 § 6; c. 3 § 6 in Verbindung mit III. c. 20 § 7. Die einzelnen Schattirungen dieser Theorie (Conring, Sauter, Thomasius u. s. w.) siehe bei Hübler, 54 ff. Hierher gehört auch Emele, Ueber erlaubte und unerlaubte Secularisation der Kirchengüter, S. 37. Eine etwas andere Auffassung S. 45: „Güter der Kirche, welche ohnehin des gesammten Volkes Eigenthum sind." Andere wollen das staatliche *dom. eminens* nur für den äufsersten Nothfall zur Anwendung bringen, so neben den von Hübler, 54, Erwähnten insbesondere der in Deutschland sehr bekannte Klüber, welcher dieses Dominialrecht des Staates ein *ius extremae necessitatis* oder Staatsnothrecht nennt (vgl. Oeff. Recht des teutschen Bundes § 436, 456 f.), ebenso Marschner, *(de potestate principis circa auferenda bona civium recte definienda, p. 53 sqq.)*, andere machen den staatlichen Nothanspruch abhängig von einem Ueberschufs kirchlicher Revenüen, z. B. Claproth, *de natura bonorum saecularisatorum*, und J. H. Böhmer, *ius eccl. tom.* II. l. III. t. 13 § 50 sq. Diese Theorie, welche in ihrer schärfsten Ausbildung die Kirche als Staatsanstalt ansieht, führt man gewöhnlich auf H. Grotius und Hobbes zurück. Diese sind nun zwar die bekanntesten, nicht aber die ältesten Vertreter. Marsilius v. Padua (Patavinus v. Maynardina, † 1342) hat in seinem *defensor pacis* I. c. 5 ff. bereits ein fertiges staatskirchenrechtliches, consequent durchgeführtes System (Ueber das Kirchengut handelt er II. c. 14, III. c. 27 ff.). Besonderes Ansehen bekam die Theorie des staatlichen *dominium eminens* unter dem Kaiser Joseph II., wo der namhafteste wissenschaftliche Vertreter v. Cramer war: *„Commodissime hic distinguitur inter dominium inferius et superius seu eminens; illud est penes ecclesiam, tam in rebus sacris quam ecclesiasticis, hoc penes principem."* (Academ. Reden über die gemeine bürgerliche Rechtslehre 1765 p. 256.) Auch bei Falck begegnet uns die staatliche Obereigenthumstheorie wieder: „Als ein besonderes Recht der Staatsgewalt ist das sog. Staats-Obereigenthum *(dominium eminens)* besonders hervorzuheben (Schlesw.-Holst. Privatr. V. 143), Paulsen freilich beschränkt es auf die Erbfesten und begründet dies mit einer Verordnung vom 14. April 1766 § 1 (S. 66, 69).

unter dem Hinweis auf ein dem *contrat social* entspringendes gesellschaftliches Hoheitsrecht,[1] bald unter Berufung auf die politische Omnipotenz.[2] Diese Theorien bildeten „den Zauberstab, mit dem im 18. Jahrh. die Wissenschaft diesseits und jenseits des Rheins das Kirchengut unmittelbar in die Staatskassen ablieferte.“[3] Sie haben, wissenschaftlich betrachtet, nicht die mindeste Berechtigung, „und wären wohl überhaupt nie zu Tage getreten, hätte nicht „zu einer gewissen Zeit die Manie sich festgesetzt, Alles, was „mit dem Vermögen der Kirche im Zusammenhang stand, dem „Fiscus in die Hände zu spielen.“[4] Dafs diese Theorie heute noch nicht ganz überwunden ist, zeigt unter Anderem ein im Archiv für kathol. Kirchenrecht (1861) S. 385 registrirter Beschlufs des grofsen Rathes von Luzern, wo „in Erwägung, dafs die Aufhebung (des „Klosters Rathhausen) in Folge der Zeit dem Staate zu einigem „Vortheil gereichen wird *(sic!)* und überhaupt noch 2 Frauenklöster „in Kanten existiren,“ die Aufhebung verfügt wird.[5]

---

[1] Zuerst in dem Turgot'schen Artikel »Fondation« der Encyclopédie. Diese Theorie liegt dem Säcularisationsdecret der Nationalversammlung v. 2. Novbr. 1789 zu Grunde. Vgl. Hübler, 56 ff.

[2] Diese Theorie hat zwar ihre beste Stütze in den Principien des Territorialismus (Mejer, Lehrb. des deutsch. Kirchenr., S. 420), war aber im Wesentlichen eine Frucht der deutsch-französischen Aufklärungsperiode; die Religion ist hier nur ein Zweig der Staatscultur. Ueber die Entwicklung dieser Theorie vergl. Hübler 59—71, die verurtheilende Kritik sämmtlicher publicistischen Theorien S. 71—75. v. Poschinger 282 ff.

[3] Hübler, 58 f.

[4] v. Poschinger, 316.

[5] Wie die Säcularisationen in früherer Zeit geübt wurden, davon giebt Menzel in seiner neueren Geschichte der Deutschen (Bd. 12, 2. Abth., S. 343) ein anschauliches Bild: „Juwelen, Kirchengeräthe, Pferde, Wagen, Mobilien, Gebäude, Höfe, Aecker, Wiesen und Waldungen wurden im ganzen Lande zu gleicher Zeit ausgeboten und oft zum Vortheil einzelner Begünstigten mit eifriger Hast losgeschlagen. Bei den öffentlichen Versteigerungen maskirten sich die Juden mit den Gewändern der Bischöfe und trieben Spott mit den heiligen Gefäfsen. Es wurden Kelche zerbrochen, Monstranzen ihrer kostbaren Steine beraubt, von den Mefsbüchern die Umschläge abgerissen, Pluvialien zu Stuhlüberzügen zerschnitten, Leiber von Heiligen entkleidet und unter der Dachtraufe verscharrt, manche schöne Kirche zerstört, wenn das Holz, Eisen und die brauchbaren Steine im Aufstrich höher als die ganzen Gebäude aufzubringen, oder letztere nicht zu profanem Gebrauche zu benutzen waren, wie die Kirche

Die publicistischen Theorien ziehen in gleicher Weise die *res sacrae* und das Kirchengut in ihren Kreis. Als Hauptvertreter der publicistischen Theorie bezüglich der *res sacrae* ist Stryk anzuführen, welcher die Resnullius-Qualität der heiligen Sachen folgendermafsen vertheidigt: „*Non recte dictum a Groenwegio: Templa hodie non esse* „*in nullius, sed universitatis dominio. Rectius: templa sunt in illius* „*dominio, cui ius sacrorum in re publica competit. Unde admitto, templa* „*esse in dominio vel potius arbitrio civitatis Imperialis, utpote quae iure* „*sacrorum cum aliis Imperii statibus gaudet; non vero in dominio* „*ullius civitatis municipalis, utpote quae circa sacra disponendi arbi-* „*trium nullum habet, sed hoc, cum ad Principem pertineat, Princeps* „*vero haec iura plerumque per Consistoria exerceat, sine huius con-* „*sensu nil quicquam templa immutandum.*“ [1]

Diese Theorie versucht also ihre Rechtfertigung durch Heranziehung des staatlichen *ius circa sacra*, und Stryks Fehler besteht darin, dafs er dieses Hoheitsrecht als ein Eigenthumsrecht ansieht. Diese Auffassung hat bereits durch J. H. Böhmer, [2] am gründlichsten aber durch J. J. Moser [3] ihre Widerlegung erfahren.

St. Anna in Würzburg zu einem Theater eingerichtet wurde.“ (Reichsrecurs vom 15. Febr. 1803.)

[1] *Usus modernus Pandectarum 1730, I. 130.*

[2] *Jus eccl. potest.* l. III. t. 5 § 32 N. 22.

[3] Neueste kleine Staatsschriften N. 4. Kurze, doch gründl. und system. Nachricht von dem geistl. Gut in dem Herzogth. Württemberg, 222: „In der Kirchenordnung heifst 1. der Herzog nur der Clöster und Prälaten Landesherr und Kastenvogt. Nun ist aber allen denen, welche die Teutsche Rechte und Geschichte verstehen, bekannt, a) dafs Landeshoheit und Eigenthum zweyerley ganz verschiedene Dinge seynd . . b) Ein Kastenvogt aber ist gerade dem Eigenthümer entgegengesezt und sezet ein geistliches Stifft voraus, welches eigene Güter und Gefälle hat, in Ansehung deren Verwalt- und Verwendung der Kastenvogt gewisse Rechte hergebracht hat; c) es ist nicht möglich, sondern widersprechend, dafs einer selber über sein Eigenthum Kastenvogt seyn könne oder seye. 2. Selbst die Kirchenordnung schreibt das Recht, die Clostersgüter zu veräufsern und zu beschweren, denen Prälaten zu, jedoch mit Vorwissen und Bewilligung des Landesherrn und Kastenvogts: Wie nun dieses letztere allerdings ein Anzeigen ist, dafs der, dessen Consens erfordert wird, des Eigenthümers Superior und Obrigkeit seye, ... also ist hingegen besagter Consens auch ein Beweis, dafs der, dessen Consens erfordert wird, nicht selbst Eigenthümer seye“ (Hübler, 72 N. 23).

Auch die Lehre vom *contrat social* ist ein überwundener Standpunkt, und die Auffassung der Religion als einer staatlichen Culturaufgabe schon deshalb verkehrt, weil die staatliche Pflege und Förderung doch nur die äufsere Ordnung und die Beziehungen der Menschen untereinander umfassen kann, und weil zur Regelung des inneren Lebens sowie der Beziehungen zum Jenseits weder ein staatlicher Beruf nachweisbar, noch staatliche Mittel vorhanden sind. In der Verwechslung von Aufsichts- und Eigenthumsrechten stimmen alle publicistischen Theorien überein, wobei denn manchmal — so auch bei Stryk — nach dem veralteten Standpunkt: *l'état c'est moi,* in demselben Athemzuge neben dem Reich auch der Fürst, *arbitrium* und *dominium* als gleichbedeutend erscheint. Wenn v. Poschinger meint, diese Theorien seien nicht lebensfähig gewesen,[1] so soll dem bezüglich der wissenschaftlichen Bedeutung, die sie nie hatten, selbstverständlich nicht widersprochen werden. Im wirklichen Leben haben sie dagegen eine beispiellose Lebenskraft bekundet, die der Kirche einen grofsen Theil ihres Vermögens gekostet hat, und wir stimmen Hübler[2] bei, dafs zu befürchten ist, dafs die Saat, die sie gestreut haben, noch in der Zukunft keimen und Frucht tragen wird.

Zu den publicistischen Theorien kann man auch die Verlegung des Eigenthumssubjectes in die politische Gemeinde zählen. Diese Theorie ist jüngeren Datums[3] und weniger in der

[1] S. 315. — [2] S. 71.

[3] Der Archidiaconus Guido de Baysio († 1313) behandelt in seinem *apparatus ad Decretum* (ad c. 13 C. 12, q. 1) die Frage nach dem Eigenthümer des Kirchenguts, und nachdem er die verschiedenen Meinungen zusammengestellt und insbesondere die Theorie vom Collegialeigenthum der *res monasteriorum* erwähnt hat mit der Bemerkung, dafs das Gleiche auch von den *ecclesiae collegiatae* gelten müsse, fährt er fort: *„sed sic non promptum est respondere, cuius sunt res ad non collegiatas ecclesias pertinentes, sed Gof. dicit, verius est, quod sunt universitatis illius loci."* Unter der hier zur clericalen Vereinigung im Gegensatz stehenden *universitas loci* wird man wohl die Kirchengemeinde resp. die Vereinigung der an jenem Orte wohnenden Gläubigen verstehen müssen. Gierke meint zwar, hier könne „unter *universitas illius loci* absolut nur die bürgerliche Ortsgemeinde gemeint sein" (III. 272 N. 78). Aber warum denn? Die Streitfrage war die, ob die Grundsätze des Collegiatkircheneigenthums (der Archidiaconus folgt hier der Collegialtheorie) auch auf die *ecclesiae non collegiatae* Anwendung finden, d. h. ob auch hier die Vereinigung der örtlichen Cleriker Eigenthumssubject sein könne. Diese Frage wird verneint, und

Eybel'schen[1] und Glück'schen[2] Formulirung bekannt, als im Gebiete des französischen Rechts und in ungezählten Kirchen-, Kirchhofs- und Glockenprocessen bestimmt und anspruchsvoll aufgetreten. Sie wird von den Canonisten mit Recht nur kurzhin behandelt. Blofs Maas fertigt sie eingehend ab,[3] Schulte schenkt ihr in seinem System 8 Zeilen,[4] und von Poschinger constatirt blofs, dafs sie von den Canonisten nicht allzu wohlwollend empfangen sei, und gewöhnlich mit Stillschweigen gestraft würde, was denn unter Andern auch Hübler thut. Diese Theorie, welche, wie alle publicistischen, ebensowenig wissenschaftliche Beachtung verdient, als eine auf sie gegründete Praxis eine verhängnifsvolle Perspective eröffnet, erlangte eine besondere Bedeutung im Gebiet des linksrheinischen Rechtes, und wird deshalb bei der Darstellung des geltenden Rechtes eingehend zu prüfen sein. Soweit diese Theorie auch das Kirchenvermögen erfafst, enthält sie, wie v. Poschinger hervorhebt, eine der radicalsten Lösungen der kirchlichen Eigenthumsfrage, indem sie das Kind mit dem Bade ausschüttet: denn was Communalgut ist, ist eben kein Kirchengut mehr.[5]

§ 67.

3. Die Gesammtkirchentheorie.

Derselbe Gedankengang, welcher vom göttlichen Eigenthum aus zur Papaltheorie führte, leitet auch zur Gesammtkirchentheorie,[6] welche mit der später zu besprechenden, zu ihr im Gegensatz stehenden

die Trägerschaft in eine andere *universitas*, die *universitas illius loci*, also vernünftiger Weise in die Vereinigung aller Gläubigen daselbst verlegt. Wenn der Ausdruck unbestimmt gewählt ist, so liegt das daran, dafs die Terminologie damals zwischen Kirchen- und Civilgemeinde noch nicht zu unterscheiden verstand.

[1] *Introductio in ius eccl. cath. II. 2 c. 4, § 118.*

[2] Comm. II. § 167, S. 481.

[3] Ueber das Rechtssubject, die Vertretung, Verwaltung und Verwendung des Kirchen-, Schul- und Stiftungsvermögens (Archiv f. kath. Kirchenr., IV. 658–667).

[4] S. 481. — [5] S. 287.

[6] Deshalb identificirt auch Card. Alexandrinus, worauf Gierke in der Note 18 S. 250 (III.) hinweist, die Ansichten vom Eigenthum Gottes, des Papstes und der Gesammtkirche und stellt sie in gemeinschaftlichen Gegensatz zur Institutentheorie.

Institutentheorie ohne Zweifel die meiste wissenschaftliche Beachtung verdient.

Hübler meint, während des Mittelalters hätte der centralistische Gedanke zunächst nur mittelbar in den Theorien vom Eigenthum Gottes, der Armen und des Papstes einen Ausdruck gewonnen: „auf die Kirche selbst ward er dagegen erst viel später ... angewendet“.[1] Dem müssen wir widersprechen: der centralistische Gedanke tritt bereits im Mittelalter in der Gesammtkirchentheorie auf das Bestimmteste hervor. Zeugnifs geben Johannes Andreae,[2] Phil. Tranchus,[3] Petrus de Aucharano,[4] Antonius de Butrio,[5] Phil. Decius[6] u. A., wie auch der von Hübler citirte Innocenz IV., nach welchem neben Christus die *ecclesia*, und zwar die *aggregatio fidelium*, als das *corpus Christi*, Eigenthümer ist. Dafs hier Christus nur »metaphorisch« als Subject des Kirchenguts genannt wird und als der „wahre Eigenthümer“ die Kirche gilt, hat Hübler selbst genügend hervorgehoben.[7]

Hirschel, der neueste Vertheidiger der Universalkirchentheorie, legt auf diese ja auch aus dem Conc. Aquisgr. II. (836) c. 7 und Conc. Trosleian. c. 4[8] bekannte Identificirung von Christus und Kirche noch grofsen Werth.[9] Dem möchten wir jedoch entgegenhalten: der

---

[1] S. 89.

[2] In seinem Decretalencommentar c. 2 in VI[o.] 3, 9 Nr. 7: *ecclesia, i. e. congregatio fidelium, cuius Christus est caput, habet dominium.*

[3] *Lectura in Sext. Decret.* c. 2 in VI[o.] 3, 9 nr. 5: *„Ecclesia ipsa universalis videtur domina ... et ipse Christus est caput ecclesiae.*

[4] *Lectura super sexto decret. libro.* c. 2 in VI[o.] 3, 9 nr. 2 (cf. N. 3).

[5] *Comm. in V libros decretal.* c. 4 X. 2, 12 nr. 9 (cf. N. 3).

[6] *super Decretal.* c. 4 X. 1, 6 nr. 3 (cf. N. 3).

[7] S. 5[1].

[8] *„Quaecunque Ecclesiae sunt, Christi sunt et quicunque ab ecclesia aliquid ex his quocunque modo alienaverit, abstulerit, invaserit, vastaverit, minoraverit, sive diripuerit, quia Christus et eius ecclesia una est persona, procul dubio sacrilegium committit.“*

[9] Archiv f. kath. K. R., Bd. 34 S. 353. Vor ihm bereits Phillips, Lehrb. 682 ff. Walter will „das Urtheil über diese Deduction seines gelehrten Freundes Anderen überlassen“ (Lehrb. 13. Aufl. § 251, Anm. 6). Sie findet sich auch noch in der von Moufang veranstalteten 3. Auflage des Lehrbuchs 1881,

Kirchenbegriff verwirklicht sich nicht blofs in der Gesammtkirche, sondern auch der *ecclesia particularis* und den kirchlichen Instituten. So ist auch der Bischof gesetzt, die (Gesammt-)Kirche zu regieren, diese zu repräsentiren, und doch ist er nur Vorsteher einer bestimmten Diöcese und in jeder anderen ohne Jurisdiction. Diese engen Wechselbeziehungen zwischen Gesammtkirche und kirchlichen Instituten, welche ihre schärfste Zuspitzung in der einheitlichen Administratio haben, lassen Christus in gleicher Weise als Haupt der Gesammtkirche wie der einzelnen Particularkirchen erkennen, in welchen jedesmal die Gesammtkirche in Erscheinung tritt, ohne jedoch Gesammtkirche zu sein. Im Uebrigen fällt die ganze Begründung Hirschels mit der göttlichen Proprietätstheorie von selbst, und die „theologischen Expectorationen" Evelts [1] über Erbsünde und Erlösungswerk sind gewifs nicht geeignet, für die Gesammtkirchentheorie Propaganda zu machen. — Maas, [2] der geistreichste Vertreter dieser in „hochkirchlichen Kreisen" [3] besonders beliebten

S. 473), ferner bei Maas, Archiv IV. 692. Gegen diese Auffassung Schulte, Lehrb. 430 Anm. 1 und Poschinger 128 ff.

[1] § 37—55.

[2] Archiv f. kath. K. R. IV. 583 ff.: „Ueber das Rechtssubject, die Vertretung, Verwaltung und Verwendung des Kirchen-, Schul- und Stiftungsvermögens". Maas fand alsbald Zustimmung bei Frank, histor. polit. Blätter 46 (1860), S. 312 ff. und Vering, Heidelberger Jahrb. (53) S. 509.

[3] Vgl. die Denkschriften des deutschen Episcopats v. 14. Novbr. 1848, des bayr. Episcopats v. 20. Octbr. 1850 und 15. Mai 1853, des Episcopats der oberrheinischen Kirchenprovinz v. 18. Juni 1853 und die Instruction des Generalvicariats zu Paderborn über das Verfahren bei der Wahl der Kirchengemeinderepräsentation v. 23. Juli 1855. Wenn ferner das Ordinariat des Bisthums Limburg „Gott selbst oder seine Heiligen" als „Subject" der „kirchlichen Stiftung" auffafst (Schreiben an den Bürgermeister Höhler zu Niederbrechen v. 13. Aug. 1859 und an das herzogl. Hofgericht zu Dillenburg, 13. Septbr. 1859, beide abgedruckt bei Schulte, die Erwerbs- und Besitzfähigkeit, S. 76 ff.), so ist auch hier die Annahme der Gesammtkirchentheorie nicht ausgeschlossen. Vgl. Sternberg, 5. Bei einer späteren Gelegenheit sprach sich dasselbe Ordinariat im Sinne der Institutentheorie aus. Die kathol. Kirchengemeinde zu Weilbach nämlich, welche bei der Nass. Landesbank eine Anleihe machen wollte, brachte den Nachweis ihrer Vermögensverhältnisse unter der Rubrik: „Rechnungsüberschlag der kath. Kirchengemeinde (so giebt Petri an im preufs. Abgeordnetenhaus am 24. April 1875, Stenogr. 1445; Thissen erklärte dagegen, Stenogr. 1472, es hätte geheifsen: „des kath. Kirchenvorstandes") zu Weilbach pro 1872"; als

Theorie,[1] versucht die Begründung auf anderem, zum Theil schon vorher durch Evelt, Phillips, Roſshirt, Longard und Permaneder versuchten Wege. In Uebereinstimmung mit der Denkschrift des Erzbisch. Capitel-Vicariats (betr. den Bad. Stiftungsgesetzentwurf v. 1869), als deren geistigen Urheber man Maas unzweifelhaft betrachten muſs, stellt dieser, ausgehend von der Ansicht, daſs der Zweck das Subject der unkörperlichen Person sei, den Satz auf: der Zweck der katholischen Kirche ist Eigenthümer ihres Vermögens.[2] Von der Unterstellung einer verfassungsmäſsig nothwendigen Einheit dieses Zweckes[3] kommt er dann schluſsweise zur Einheit des Vermögens, zum Eigenthum der Gesammtkirche. Denn der Zweck der Kirche, dem das Vermögen gehört, ist „sie selbst als Repräsentantin J. Christi". Der Zweck des

---

nun das Ordinariat dafür corrigirend eingesetzt hatte, „R. der Kirche *ad assumptionem beatae Mariae Virginis*" und infolgedessen von der Direction der Landesbank interpellirt wurde, erfolgte unter dem 17. Aug. 1872 folgender Ordinariatsbescheid: „Der königl. Direction der Landesbank erwidern Wir .... daſs nach der Auffassung des bischöfl. Ordinariats die Kirche, nicht die Kirchengemeinde als Eigenthümerin des Kirchenvermögens zu betrachten ist." So schon 1866. Vgl. Archiv 20, S. 129 f. 131 f. 133 ff. Auf S. 141 dagegen ist ein Compromiſs zwischen der Divinal-, der Gesammtkirchen- und der Institutentheorie versucht.

[1] Uhrig, Tüb. Theol. Q.-Schr. 1878, S. 392, nennt sie „jene Theorie, welche in Rom und bei den kirchlichen Autoren die herrschende ist."

[2] Archiv f. kath. K. R. IV. 651 ff. 699. Denkschrift, S. 8. So schon Evelt, die Kirche und ihre Institute etc. 1845, S. 29. Roſshirt in Aschbachs Allgem. Kirchenlexicon III. 801 und später Hirschel im Archiv f. k. K. R. Bd. 34, S. 308. Mit Unrecht zählt die erwähnte Denkschrift, S. 8, auch die Motive (S. 15) zu dem Badischen Stiftungsgesetz hierher.

[3] S. 691: „Die Einheit der Kirche fordert allerdings auch Einheit ihres Zweckes, und da dieser das Subject des Vermögens einer juristischen Person ist, so schlieſst er eine Mehrheit von Eigenthumssubjecten aus." „Denkschrift," S. 8: „Ihr (der Kirche) Zweck ist überall nur Einer." Desgl. „Zum Frieden zw. Staat u. Kirche", 86. Maas bleibt sich übrigens nicht consequent, denn S. 591 (Archiv, IV.) spricht er von „eigenen Zwecken" der als „juristische Personen" und „Rechtssubjecte" anerkannten „localen Stationen". Ebendaselbst heiſst es: „Auf der andern Seite ist die Kirche eine organische Anstalt, deren Glieder, wie erwähnt, in und mit ihr zugleich einen eigenen, localisirten, besondern Zweck befolgen." Den Schluſs von der Einheit der Kirche auf die Einheit des Vermögens macht auch insbesondere Hirschel, Archiv, 34 S. 276 ff. 305 ff. und Gräff, das Eigenthum der kath. Kirche, 17, 19.

ganzen Kirchenvermögens ist die eine allgemeine apostolische Kirche, folglich ist sie auch das Rechtssubject des Kirchenvermögens.[1] Auch das Dispositions- und Verwaltungsrecht der Kirchenoberen, das Recht der Union, Dismembration etc., ferner die Devolutionsfrage, waren Grund zur Annahme des Gesammtkirchenvermögens.[2]

Nach dem Gesagten wird es nicht überraschen, dafs diese Theorie in besonderer Weise die *res sacrae* umschliefst. Denn wo bleibt der Zweck so einheitlich und stabil, als bei den heiligen Sachen, wo er ein für alle Mal gegeben und umgrenzt ist. Und wo wäre ein weitgreifenderer Einflufs der Kirchenobern, als bei den *res sacrae?* Gräff hat daher die Gesammtkirchentheorie ausdrücklich auf die heiligen Sachen angewandt.[3] Hirschel sucht zu beweisen, dafs „die katholische, d. h. die allgemeine Kirche als Eigenthümerin der einzelnen Kirchen und Grabstätten betrachtet wird,“[4] und Evelt deducirt betreffs der Pfarrkirchen wie folgt: „Keine Pfarr-„kirche hat einen besondern Zweck für sich, sondern sie haben alle nur „eine Bestimmung und Bedeutung, weil sie alle ihren einzigen Halt in „Christus haben, ohne den die einzelne als christliche Kirche gar „nicht denkbar ist. Hat das Kirchenvermögen, was nur des Kirchen-„dienstes wegen da ist, mit diesem ganzen Kirchendienst nur Einen „Zweck und nur eine allgemeine Bedeutung, so kann von einer „ausschliefslichen Bestimmung für eine einzelne Gemeinde nicht die „Rede sein.“[5]

§ 68.

Fortsetzung.

Aber auch diese Theorie fällt mit den Gründen, die sie stützen sollen: Der Zweck ist nicht Träger des Eigenthums einer Person; dieser ist ein vom aufserseits hineingetragenen Zweck verschiedenes

[1] Maas, S. 689.

[2] Maas, 700 ff. und die bei Hübler 93 angegebenen Schriftsteller. Nunmehr noch Hirschel, S. 316 f., 332.

[3] Das Eigenthum der kath. Kirche, S. 17.

[4] Archiv, 34 S. 292. Dieses wirkliche Eigenthum der Gesammtkirche erscheint S. 353 f. nur als ein präsumtives.

[5] S. 29.

Willenswesen.[1] Der Zweck ist höchstens die Veranlassung, dafs eine unkörperliche Person ins Leben tritt. Weil aber das Veranlassende nicht gleich dem Veranlafsten ist, kann der Zweck auch nicht Träger der Personenqualität sein. Wir kommen sonst zu der absurden Annahme, dafs das Erstrebte zu gleicher Zeit das Erstrebende ist.[2] Dafs die Maas'sche Construction nur dazu angethan ist, dem von Brinz,[3] Demelius,[4] Bekker[5] und Randa[6] vertretenen sog. Zweckvermögen in die Hände zu arbeiten, ist bereits von Brinz selbst hervorgehoben[7] und oben dargethan worden.[8] Mit der Annahme eines derartigen subjectlosen Vermögens ist das Suchen nach einem Subject aber auch selbstverständlich ein Unding. Es besteht ferner in der Kirche gar keine nothwendige Einheit des Zweckes, wenn wir ihn nicht in so vager Allgemeinheit verflüchten lassen wollen, dafs er eigentlich gar nichts besagt.[9] Wir sehen nicht ein, warum, wie Hirschel (342) will, die „staatlichen und städtischen Einrichtungen und Anstalten in ihren Kreisen" eher „einen bestimmten staatlichen oder städtischen Zweck" verwirklichen sollten, als die Einzelinstitute der kath. Kirche. Im Uebrigen erinnern wir an ein Wort Zitelmanns (S. 95): „Eine

[1] Warnkönig, Krit. Vierteljahrschr. 1861, S. 363. Windscheid, Pand. S. 138. Unger, Krit. Ueberschau der deutschen Gesetzgebung VI. 158 und System des österr. Privatr. I. § 42 N. 7. Hübler, 131, v. Poschinger, 9 ff. Unsere Darstellung, § 9 u. 10.

[2] Aehnlich Zitelmann (Begriff u. Wesen der jurist. Personen, S. 60) und Hirschel (Archiv 34, S. 61, 63, 306, 308). Er bleibt sich aber nicht consequent: „Denn bei Gesellschaften z. B. ist es der Zweck, also etwas durchaus Reelles, welcher sie veranlafst und trägt" (S. 275). Diese Monographie, S. 62.

[3] Pand. 1. Aufl. 975—1150 und an vielen andern Stellen.

[4] Rechtsfiction 85.

[5] Zeitschr. f. Handelsr. IV. 505.

[6] Archiv f. Handels- u. Wechselrecht XIV. 4.

[7] Pand. 1. Aufl. 988 (987). Vgl. auch v. Poschinger, 9.

[8] § 9 u. 10.

[9] Dieser „einheitliche Zweck" ist nach Hirschel z. B. „das Heil der Seelen für Zeit und Ewigkeit" (Archiv 34, S. 307). Aehnlich Schöpf, K. R. IV. 605[2]. „Eine in der That überraschende Antwort" (Poschinger, 15) ist es, wenn Maas sagt: „Der Zweck der Kirche ist sie selbst als Repräsentantin Jesu Christi" (Archiv IV. 689). Wir haben also folgenden Cirkel: Eigenthümer des Kirchenguts ist die Gesammtkirche. Diese begreift sich juristisch als Zweck, und dieser Zweck ist die Gesammtkirche.

„Einheit, die eine ganze Gesammtheit von Zwecken zu realisiren „strebt, wird daher viel bedeutender, wichtiger und in Bezug auf „ihre einzelnen Mitglieder wirkungsreicher sein, als diejenige Corpo- „ration, die nur einen einzigen Zweck zu realisiren strebt: daher „auch der Staat, weil er alle sittlichen Zwecke zu verwirklichen „hat, die wichtigste aller Corporationen ist.“ Ferner Lehmkuhl, Stimmen aus Maria Laach VIII. 271 f.: „Je freier und unabhängiger Einzelinstitute dastehen, um so lebhafteres Interesse erregen sie, um so gröſsere Thätigkeit können sie entfalten, um so gedeihlicher werden sie für das allgemeine Beste arbeiten.“ S. 439 spricht er dann auch, ähnlich wie Brinz (Pand. II. 1021), von einer »Mannigfaltigkeit« der kirchlichen Zwecke. Es ist Thatsache, daſs sich innerhalb der Gesammtkirche eine unendliche Anzahl im Einzelnen bestimmt nüancirter Theilkörper gebildet hat, die selbst bei principieller Uebereinstimmung doch einem besonderen Localzweck, meistens aber auch einem scharf umgrenzten Sonderzweck dienen. „Zwischen die höchste Allgemeinheit und die unverlierbare Einheit des Individuums schiebt sich so eine Reihe vermittelnder Einheiten, deren jede die Einheiten der engeren Kreise zusammenfaſst und umschlieſst.“ [1] Aber gesetzt auch, es bestände in der katholischen Kirche eine Einheit des Zweckes im Sinn von Maas, so hätte diese doch noch keine Einheit des Vermögens zur nothwendigen Folge, [2] sonst müſsten ja auch die gleiche Ziele verfolgenden Actiengesellschaften in Vermögensgemeinschaft stehen. Oder wählen wir lieber nach dem Vorgang von Poschinger das Beispiel des über die ganze Welt verbreiteten Freimaurerordens. Wenn Hirschel auf die Frage: ist dieser Orden wegen der Einheitlichkeit seines Zweckes in vermögensrechtlicher Beziehung eine *universitas,* die ausweichende Antwort giebt, es sei „ein groſser Unterschied, ob ein einheitlicher Zweck von Einer Gesellschaft oder von mehreren einzelnen von einander unabhängigen physischen oder moralischen Personen ver-

---

[1] Gierke, d. Genossenschaftsr. III. 545.

[2] Hübler, 97. v. Poschinger, 178. Wenn Hirschel (a. a. O. 277 f.) an dieser Stelle Tarquini S. J.: *juris eccl. publ. institutiones p. 66* citirt: *„ecclesia una est non modo unitate fidei et caritatis verum etiam unitate finis atque regiminis,“* so übersieht er, daſs hier unter der vierfachen Einheit der kath. Kirche gerade die Einheit des Vermögens nicht inbegriffen ist.

folgt wird,“ [1] so finden wir, dafs Hirschel die bei Poschinger so oft getadelte *petitio principii* gegen diesen selbst anwendet.

Immerhin aber liegt hier ein klares Geständnifs vor, dafs die Gemeinsamkeit des Zweckes es nicht ist, welche eine vermögensrechtliche Einheit nothwendig bewirkt.

Trotz alledem steht die Gesammtkirchentheorie von der Institutentheorie, welche in den verschiedenen kirchlichen Anstalten die Träger des Kirchenvermögens erblickt, nicht so weit ab, als es bis jetzt scheinen mochte.

Hirschel [2] wie Phillips räumen ausdrücklich den Persönlichkeitscharakter der kirchlichen Institute ein. Phillips vertritt die Ansicht, „dafs jede der einzelnen Diöcesankirchen . . im äufseren Rechtsleben, wie für andere Verhältnisse, so auch in Beziehung auf das Vermögen eine juristische Persönlichkeit habe,“ [3] und dann erklärt er ganz allgemein: „Der Particularkirche ist also für ihre Vermögensmasse, welche dazu dient, in einem bestimmten beschränkten Kreis die kirchlichen Zwecke zu erfüllen, die juristische Persönlichkeit eingeräumt.“ [4] Freilich fügt er dem alsbald hinzu: „Die Gesammtkirche hat damit aber auf ihr Eigenthum nicht verzichtet.“ [5] Er steht mit dieser widerspruchsvollen Auffassung auf dem Standpunkt der Würzburger Wochenschrift 1856, S. 152, nach welcher „zunächst die einzelne Kirche oder Communität u. s. f. die wahre und eigentliche Eigenthümerin ihrer Güter ist,“ wo des Weiteren aber auch „die allgemeine Kirche unter ihrem Oberhaupte, dem Papste,“ als

[1] Archiv 34, S. 307.

[2] Das Eigenthum an den kath. Kirchen, S. 57. Vgl. auch S. 1, 2, 7, 66.

[3] Lehrb. (3. Aufl. 1881), 476.

[4] a. a. O. 476 u. 477: „Daran schlofs sich dann weiter an, dafs auch diese Institute eine juristische Persönlichkeit, wenn auch nur mit einer relativen Selbständigkeit, erhielten . . . Daher kann das eine Institut die Güter des andern durch Usucapion erwerben, es kann eines mit dem andern Verträge schliefsen; es können dieselben auch untereinander Processe führen, sie können sich also überhaupt in dem ganzen äufsern Rechtsleben als Eigenthümer geriren, demgemäfs auch bei Uebertragungen ganz dieselben Rechte empfangen, welche der bisherige Eigenthümer gehabt hatte.“ In der Anm. 22 führt er dann dafür Belege aus dem *corp. iur. can.* an.

[5] S. 476. Aehnlich Silbernagl, K. R. 565 in Verbindung mit 566.

Eigenthumssubject des Kirchenguts erklärt wird. Die »Wochenschrift« sucht über diesen Gegensatz hinwegzukommen mit der Annahme eines *„subjectum immediatum proprietatis"* und eines *„subjectum remotum,* ausgestattet mit dem *Dominium eminens."* [1] Phillips ist es „an sich gleichgiltig: ob man das kirchlicherseits beschränkte Eigenthum der einzelnen Institute nach dem Standpunkt des weltlichen Rechts und in Uebereinstimmung mit den Quellen des canonischen Rechts schlechthin Eigenthum oder *Dominium particulare,* das Eigenthum der Gesammtkirche aber *Dominium universale* oder *eminens* nennen will." [2] Diese Auffassung ist aber gerichtet durch die zum Ueberdrufs erwiesene Unmöglichkeit der Eigenthumspolytomie, und es bleibt somit die von der Institutentheorie gewollte und selbst von Phillips und Hirschel, insbesondere auch von Maas [3] und Anderen [4] bewiesene Rechtssubjectivität der einzelnen kirchlichen Anstalten nur noch allein bestehen; insbesondere darf an das Wort von Richter-Dove erinnert werden: „Wenn z. B. eine Kirche die

---

[1] S. 151: *„Subjectum immediatum proprietatis* am Kirchengut ist formaliter die einzelne besondere Kirche oder das specielle kirchliche Collegium oder Institut, das aber unter Vermittelung des Diöcesan- (oder Ordens-) Verbandes der allgemeinen Kirche eingegliedert und an diese Ordnung, sowie deren Consequenz dauernd gebunden und dadurch in der Ausübung seines Rechtes beschränkt ist; *Subjectum remotum,* ausgestattet mit dem *Dominium eminens,* ist die allgemeine Kirche unter ihrem Oberhaupte, dem Papste. Durch die specielle Rechtsperson besitzt es zugleich die ganze Kirche, der diese unterworfen und von der sie untrennbar ist; sie besitzt es nur, inwiefern sie mit dieser verbunden und geeinigt, dadurch zur Kirche gehörig ist."

[2] Lehrb. 3. Aufl. 480: Andere lassen hier die Unterscheidung eines *dominium directum* und *utile* Platz greifen. Die von Einigen gewollte Analogie des Peculiums und der von Maas vertheidigte Vergleich des Institutenbesitzes mit dem *feudum* sei hier ebenfalls erwähnt.

[3] Archiv IV. 591: „Sobald die in jeder Diöcese durch den Bischof repräsentirte Kirche sich locale Stationen geschaffen und ihnen mit eigenen Zwecken auch die eigenen hiezu tauglichen Mittel ausgeschieden hatte, finden wir in den römischen Rechtsquellen auch diese als Rechtssubjecte, als juristische Personen." Ebenso S. 685, 589 u. 590: „So finden wir in den Quellen des canonischen Rechts die eine allgemeine und jede einzelne Kirche als Rechtssubject." S. 692: „Nach der Verfassung der Kirche sind freilich die einzelnen kirchlichen Institute nicht blofse *stationes fisci,* sondern besondere, wenn auch nicht selbständige Corporationen."

[4] Vgl. die Belege bei Poschinger, 294 N. 2.

Sachen der anderen usucapiren kann u. dergl., so handelt es sich nicht um sprachliche Wendungen, sondern um juristische Realitäten."[1] Hier kommt man auch nicht mit der Evelt-Vering'schen *statio fisci* aus, die man der Thatsache gegenüber ausspielt, dafs die einzelnen kirchlichen Institute in einem juristischen Verkehr stehen, kaufen, vertauschen, Processe führen u. s. w. Die Mendicantenorden ferner unterscheiden sich von den übrigen Orden dadurch, dafs weder ihre einzelnen Mitglieder, noch das Ordens- oder Klosterganze irgend welches Eigenthumsrecht erwerben kann. Lehmkuhl bemerkt daher ganz richtig: „Wäre nun aber alles kirchliche Gut — und dazu rechnet sicher das gemeinschaftliche Ordensgut — Eigenthum der allgemeinen Kirche, dann löste sich dieses unterscheidende Merkmal in eitel Dunst auf."[2]

Noch näher steht uns persönlich die Gesammtkirchentheorie rücksichtlich ihres Vermittlungsprincips. Im Widerspruch mit der hier üblichen centralisirenden Deduction, welche auch auf dem vermögensrechtlichen Gebiet alle Einzelbefugnisse von Oben ableitet, giebt Phillips den heutigen Instituten eine selbständige vermögensrechtliche Ursprungsexistenz und läfst erst durch diese ein gesammtkirchliches Eigenthum juristisch entstehen: „Es bleibt dieses Vermögen (der Institute) in der Verbindung, in welcher es sich bereits befindet: dasselbe gehört zu dem Vermögen der Diöcese und durch diese zu dem der Gesammtkirche . . ."[3] „Durch diese Vermittelung gehört also auch das dem einzelnen kirchlichen Institute zugewiesene oder zugewendete Vermögen der Gesammtkirche an."[4] In dieser Formulirung hat die Gesammtkirchentheorie ihre übelberüchtigte Schärfe vollständig verloren, und es handelt sich nur noch um eine Wortspielerei; Eigenthümer ist ja stets das einzelne Institut. Weil dasselbe aber, gleichgültig, wie immer geartet es sein mag, nur die Special- und Localerscheinung der Gesammtkirche ist, in welcher es die unent-

---

[1] Lehrb. (7. Aufl.) 1082.

[2] Stimmen aus Maria Laach, IX. 64. Ebenso v. Poschinger, 224 ff.

[3] Lehrb. 3. Aufl. 481.

[4] S. 478. Diese Annäherung der Gesammtkirchen- an die Institutentheorie findet sich auch bei Hirschel, Archiv 34, S. 82, 291, 292, 312, 315, 328, 337, 342 f.

behrliche Grundlage seiner Existenz hat, so mag man immerhin die Gesammtkirche als Eigenthumssubject des Localkirchenvermögens ansehen, falls man dabei nur nicht vergifst, dafs die hier genannte Universalkirche nur die Gesammtkirche in ihrer Localisirung, d. h. also das Institut ist. Die Gesammtkirche schlechthin und die Gesammtkirche in ihrer örtlichen Erscheinung sind zwei ganz verschiedene Begriffe, und die juristische Technik wird sich daher immer gegen ihre Verschmelzung erklären. Der enge Zusammenhang zwischen der Gesammtkirche und ihren Instituten ist jedoch thatsächlich vorhanden, und wir rechnen es der Gesammtkirchentheorie als einziges, aber auch gleichzeitig als grofses Verdienst an, dafs sie diesen Gesichtspunkt immer bestimmt und nachdrücklich betont hat; insbesondere halten wir die diesbezüglichen Ausführungen Hirschels im Archiv, Band 34, für wahrhaft ausgezeichnet.

Nichtsdestoweniger können wir den daraus gezogenen gesammteigenthumstheoretischen Folgerungen nicht zustimmen. Wir haben die Stiftung als den zur anstaltlichen Sonderexistenz abgezweigten und in dieser Specialisirung verewigten stifterischen Ursprungswillen begriffen. Rechtsträger der Stiftung ist der Stifterwille, aber ohne seine ursprüngliche Beweglichkeit, in völliger Erstarrung. Das Rechtssubject der Stiftung kann nie seinen Ursprung verleugnen, und wir werden dasselbe nach seiner Materie geradezu als (Theil-) Willen des (nehmen wir einmal an: noch lebenden) Stifters bezeichnen müssen. Der in seiner Abgezweigtheit unbewegliche, ein für allemal in seine allerdings selbstgewollte, aber von da an unabänderliche Bahn gewiesene Sonderwille und der allezeit bewegliche Ursprungswille sind jedoch zwei wesentlich verschiedene Rechtssubjecte. Ganz so steht es mit der Gesammtkirche und den durch sie ins Leben gerufenen Anstalten, welche juristisch ja auch nur als Stiftungen begriffen werden können. Der Rechtsträger des kirchlichen Instituts ist seiner Materie und seinem Ursprung nach ein gesammtkirchlicher: denn er stammt von der Universalkirche; aber er ist nur Theilwille und dazu bestimmt, in dieser Sonderstellung ein von vornherein und von oben her bestimmtes eigenes Dasein zu führen. Dieses abgezweigte Rechtsganze ist somit der Form nach ein neues und selbständiges Wesen, wie auch das Kind, welches wohl von der Mutter Fleisch und Blut, nichtsdestoweniger aber nach der Geburt eine

selbständige, von der Mutter unabhängige körperliche Daseinsform hat; und wenn man wegen der obersten Leitung und Jurisdiction der Kirche über ihre Institute die volle Rechtssubjectivität derselben in Abrede stellt, so ist das dasselbe, als wenn wir wegen der durch die väterliche Gewalt gezogenen Schranken den Persönlichkeitscharakter des Sohnes leugnen. Hiermit glauben wir ebenso sehr die Unhaltbarkeit der Gesammtkirchentheorie bewiesen, als die ihr zu Grunde liegende richtige Idee gekennzeichnet zu haben.

§ 69.

4. Die Clericaltheorie.

Zu der Clericaltheorie ist man gewöhnlich von der Gesammteigenthumstheorie, seltener von der Institutentheorie aus gelangt. Bei der Frage: was haben wir uns unter der »Kirche« vorzustellen, gingen nämlich die Ansichten schon frühzeitig auseinander, aber nicht etwa blofs in der mehr corporativen oder anstaltlichen Unterscheidung, sondern innerhalb der ersteren Richtung bildeten sich schon wieder zwei Parteien. Die einen fafsten die Kirche auf als den *universus coetus Christianorum,* wie z. B. schon in der bei Hübler (89 u. 76 f.) erwähnten Glosse, bei Innocenz IV. und dem von Sarmiento[1] angeführten Bernardus Hispanus (vergl. auch die bei Gierke III. 248 angeführten Canonisten), später auch bei Pertsch[2] und v. Riegger;[3] die anderen aber — und das ist auch die heutige curialistische Auffassung,[4] — sahen in mehr hierarchischer Weise die Kirche im *sacerdotium* oder *coetus Clericorum*,[5] der übrigens nicht

[1] *de redit. eccl. I. c. 1 n. 3.*

[2] *Elementa iur. canon. et protest. eccl. 1735 § 884, 39, 19.*

[3] *Institutiones iurisprud. eccl. 1768 III. 25 § 372.*

[4] Gierke I. 287: „Immer mehr indefs drang in engeren und weiteren Kreisen die Theorie der Kirche durch, dafs die Laien in kirchlichen Dingen nur zum Gehorsam vorhanden, ihre Gemeinden blofse Verwaltungssprengel seien, und der Begriff der Kirche umfafste daher überhaupt nur noch in einem weiteren Sinn die *universitas fidelium,* während im engeren Sinn nur die *universitas cleri* die Kirche als active Trägerin kirchlichen Rechtes war.“ Vgl. auch S. 427.

[5] *Summa Paris.* (bei Schulte, Sitzungsber. Bd. 64, S. 131) zu c. 8 C. 3, q. 2: *„ecclesia enim nihil aliud dicitur nisi clerici.“* Gl. z. c. 13 C. 12, q. 2: *„vel dic*

selten mehr anstaltlich als corporativ, bald local, bald universal aussah. Von der vermögensrechtlichen Clericaltheorie war der Weg zur Beneficiatentheorie, welche den jedesmaligen Beneficiaten als Eigenthümer ansieht, nicht mehr sehr weit, und er wurde von dem spanischen Canonisten Sarmiento auch gemacht,[1] doch fand dieser in seinem Landsmann Martinus ab Azpilcueta einen überlegenen Gegner.[2] Die oben gekennzeichnete Collegialtheorie erlitt in Frankreich insofern eine Abweichung, als dort in gallikanischem Freiheitsdrang die clericalen Verbände der einzelnen Diöcesen als Eigenthümer erschienen;[3] als die französische Revolution hereinbrach, war hier *„biens du Clergé“* bei den Meisten identisch mit Kirchengut.

Wir begegnen nicht selten bei älteren Canonisten dem Sprachgebrauch, dafs Kirche und Praelat dasselbe sei: *„hic dicitur ecclesia episcopus.“*[4] — Gierke (III. 255) hat aber schon mit Recht darauf hingewiesen, dafs derartige Sätze nachweisbar nicht im Sinne der Identität gemeint waren. Immerhin waren sie aber geeignet, einer falschen Kircheneigenthumstheorie Vorschub zu leisten. Einige mittelalterliche Canonisten schoben zwischen dem Bischof und dem *universus coetus clericorum* das *collegium* der incorporirten Cleriker ein und legten diesem allein die Körperschaftsbedeutung und Rechtsträgerschaft bei: Gl. z. c. 14 X. 5, 31 *v. unum corpus: „episcopus cum capitulo suo facit unum corpus, cuius ipse est caput, sed cum clero civitatis vel dioeceseos non dicitur facere unum corpus.“* In dieser Beziehung stellt Alexander III. die nicht incorporirten Cleriker auf dieselbe Stufe wie die Laien.[5]

Die clericalen Theorien haben auch bei uns, und zwar merkwürdiger Weise besonders in der Sacrallehre, gespukt. Das ver-

---

dominium esse apud clericos, sicut dominium rerum universitatis apud cives.“ Vgl. ferner die bei Gierke III. 254 erwähnten Canonisten. Die Kirche in diesem Sinn nennt *Dominicus a Sanctissima Trinitate* die repräsentative oder auctoritative im Gegensatz zum *universus coetus Chr.*, den er die entitative Kirche nennt. *(De eccl. militante, sect. IV. c. 16 § 1,* in Roccaberti Biblioth. *Max. Pontif. X. 293,* Hübler, 29.)

[1] Vgl. Hübler, 30. — [2] Vgl. Hübler, 34.

[3] Hübler, 37.

[4] Gl. z. c. 7 C. 7, q. 1. Ferner die bei Gierke III. 255 N. 34 cit. Canonisten.

[5] *c. 5 X. 3, 10: „clericorum et laicorum circa te commorantium, qui non sunt de corpore ecclesiae.“*

bürgt uns vor Allen Kreittmayr;[1] von besonderem Interesse ist aber Plac. Boekhn, bei welchem es verträglich nebeneinander liegt, ob das Eigenthum an den *res sacrae* bei den Gemeinschaften (welchen?) oder den Clerikern (ob einzeln, oder in Verbänden, ist ebenfalls nicht ersichtlich) gelegen ist: *„res sacrae ... sunt sub dominio nempe communitatum vel personarum ecclesiasticarum.“*[2] Schmier ist hierin ein Nachtreter von Boekhn und wird von Poschinger[3] sogar des literarischen Diebstahls geziehen. Der von Poschinger ebenfalls zu den Anhängern der Clericaltheorie gerechnete Heineccius[4] steht aber unseres Erachtens derselben fern; derselbe scheint sich an der angezogenen Stelle vielmehr für das Eigenthum der einzelnen Kirchen und klösterlichen Institute auszusprechen. Dagegen gehören hierher manche Vertreter der göttlichen Proprietätstheorie, welche ein priesterliches *dominium utile* annehmen. Den Ausgangspunkt bildete, wie wir gesehen, c. 3 C. 12, q. 2: *„Omne quod Domino consecratur ... sanctum sanctorum Domino erit et ad ius pertinebit sacerdotum.“*[5] Alle diese Auffassungen leiden an dem Fehler, dafs sie Jurisdictions-, Verwaltungs- und Nutzniefsungsrecht mit Eigenthumsrecht verwechseln und nach der fälschlichen Unterstellung, dafs die *res sacrae* der Gesammtkirche gehören, einen unrichtigen Kirchenbegriff construiren. Diese Theorien sind im Uebrigen, soweit sie das Vermögensrecht betreffen, heute verschollen,[6]

---

[1] Anm. z. *cod. Max. Bav. II. c. 1 § 2 N. 2.*

[2] *Comm. in ius canon. univers. II. tit. 12 § 2 N. 55.* Joh. de Parrhisiis († 1304, *de potestate Regia et Papali, c. 6)*, der bedeutendste Anhänger der clericalen Collegialtheorie, setzt die *communitates* in Gegensatz zu den *personae singulares („communitibus Ecclesiarum, seu ipsis Ecclesiis et non personae singulari“)* und versteht unter den *communitates* die kleineren, z. B. um eine Kirche gebildeten Collegialverbände *(„sola communitas, ut Ecclesia Carnotensis, vel alia huiusmodi.“)*

[3] S. 316.

[4] *Instit. iur. civil. § 320: „rerum autem sacrarum dominium ecclesiis seu coetibus religiosis tribuimus.“*

[5] Vgl. Seitz I. 139. S. 140 citirt er auch die bekannte Aeufserung des Ambrosius: „Die Paläste gehören dem Kaiser, die Kirchen dem Priester.“ Des Näheren betrachtet, involvirt dies Gehören jedoch nur den „Besitz“ des Priesterthums, „das für Gott auf der Erde vicariirt.“ Im Uebrigen ist hier nur von einem publicistischen, nicht privatrechtlichen Verhältnifs, die Rede.

[6] Die hierarchische Collegialtheorie hatte seit dem 14. Jahrhundert ein

so dafs es sich nicht lohnt, in eine Einzelkritik einzutreten.[1] Schulte läfst daher die Clerical-Collegialtheorie ganz unerwähnt, und die Beneficiatentheorie fertigt er kurz mit den Worten ab: „Dafs die einzelnen Beneficiaten nicht Eigenthümer sein können, bedarf wohl kaum der Erwähnung." Die Unhaltbarkeit der Clericaltheorie ergiebt sich aber auch schliefslich aus der Verwerflichkeit der Gesammtkirchentheorie, als deren schärfste Zuspitzung sie in der Regel erscheint. Der Kirchenbegriff, soweit er für die Rechtsträgerschaft relevant ist, erschöpft sich nach der Clericaltheorie nur nicht in einer allumfassenden Gemeinschaft, sondern in der engeren Verbandsgemeinschaft der Cleriker. Mit der Gesammtkirchentheorie fällt daher die Clericaltheorie von selbst.

§ 70.

5. Die Kirchengemeindetheorie.

Die Gemeindetheorie, sagt Hübler,[2] war ein natürliches Product der evangelischen Lehre, indem der Kirchenbegriff in die freie Vereinigung gesetzt und statt des Clericats das allgemeine Priesterthum des Volkes betont wurde. Diese Anschauung, welche heute zweifellos als herrschende Ansicht gelten darf, halten wir insoweit für richtig, als man zugeben kann, dafs der Protestantismus nach der Gemeinde gravitirt, sein Organismus sich von unten nach oben aufbaut[3] und dafs deshalb für das Vermögensrecht der Gemeindetheorie in etwa vorgearbeitet war.[4] Wenn man aber die Sache so auf-

---

grofses Geltungsgebiet (Hübler, 39 ff.), „und im 17. Jahrhundert giebt es nur wenige katholische Canonisten, die ihr nicht direct oder indirect anhängen" (41).

[1] Vgl. Hübler, 29 ff., 36 ff.; v. Poschinger, 280 ff.

[2] S. 79.

[3] Brinz sagt sehr treffend: „Nach protestantischem K. R. sind die Kirchengemeinden wohl zu erhöhter Bedeutung gekommen, und mag infolgedessen manches wahre Kirchengemeindevermögen entstanden sein, wie denn überhaupt anzunehmen ist, dafs sie vermögensfähig sind. Allein stets wird es *quaestio facti* bleiben, ob nach Mafsgabe des Schenkungs-, Sammlungs-, Umlage-, Stiftungszwecks wirklich die Gemeinde in ihrer Totalität oder ein specieller Kirchenzweck in derselben dotirt werden sollte" (Pand. 1. Aufl. II. 1020).

[4] Hübler, 82 und Jacobson-Mejer in Herzogs Realencyclop. VII. 744. Vgl. auch Gierke, III. 799: „Die Reformation begann mit der radicalen Verneinung des canonischen Anstaltsbegriffs. Sie substituirte demselben den kirchlichen

faſst, als folge die Gemeindetheorie nothwendig aus dem communalen Charakter des evangelischen Verfassungsrechts, und sei durch dieses ebenso gefordert wie durch das katholische Verfassungsrecht ausgeschlossen,[1] so halten wir das für einen groſsen Irrthum. Diesem ist nun freilich nicht Hübler, auch nicht Mejer,[2] wohl aber die Mehrzahl unserer Canonisten, und wie es scheint, auch Gierke[3] verfallen. Die Protestanten haben das doppelte Moment des Kirchenbegriffs, die corporative und anstaltliche Seite, ebenso gut entwickelt,[4] wie die Katholiken. Was insbesondere die vermögensrechtliche Anstaltskirche betrifft, so bezeugt deren Existenz jedes Blatt der alten Kirchenordnungen. Was bei den Katholiken „Kirchenfabrik", „Kirchenärar" u. s. w. genannt wird, heiſst hier mit Vorliebe „Kasten", „gemeiner Kasten", „Gotteskasten", „Schatzkasten",[5] und die Verwalter derselben „Kasten-Herrn". Dieser fast in jeder K.-O. des 16. Jahrhunderts erwähnte Kasten ist identisch

---

Gemeindebegriff." Dann heiſst es jedoch weiter (799): „Als aber dessen Verwirklichung auf dem Rechtsgebiet so gut wie völlig gescheitert war, erfolgte in juristischer Beziehung die Wiederaufnahme des canonischen Anstaltsbegriffs." Ebenso 807.

[1] Am klarsten spricht sich in dieser Hinsicht das Limburger Ordinariat unter dem 27. Mai 1867 aus (Archiv 20 S. 141), wenn es sagt, die Gemeindetheorie sei „absolut unverträglich mit dem katholischen Dogma." Vgl. auch Hirschel, Archiv 34, S. 308.

[2] Lehrb. des Kirchenrechts, III. 418 f. „Infolge ihres Rechts als juristische Person ist jede kirchliche Einzelstiftung Subject des ihr zuständigen Vermögens; andere Subjecte des Kirchenvermögens giebt es nicht . . . Dieser Grundsatz des vorreformatorischen Rechts ist durch die Reformation nicht alterirt worden und gilt auf landeskirchlich-protestantischer, wie auf katholischer Seite noch heute, soweit er nicht durch neuere Particulargesetzgebung verändert worden ist."

[3] Deutsches Genossenschaftsrecht II. 540.

[4] Höfling, Grundsätze evangelisch-lutherischer Kirchenverfassung (3. Aufl. 1853, S. 10 u. 199); Richter, Lehrb. des kathol. und evang. Kirchenrechts (VI. Aufl. v. Dove), S. 1; Beiträge zum Preuſs. Kirchenrecht (nach Richters Tode von Hinschius herausgegeben, 1865) S. 14. Hübler, 82 f.

[5] Vgl. beispielsweise die Hessische K.-O. v. 1537 (bei Richter, die evang. Kirchenordnungen des 16. Jahrh. I. 286); die Schleswig-Holstein'sche K.-O. v. J. 1542 (Richter, I. 358); die Pommer'sche K.-O. v. J. 1535 und 1563 (Richter, I. 254 und II. 251); die Braunschweigische K.-O. v. 1543 (Richter, II. 64); Sächs. Generalartikel v. J. 1557 (Richter, II. 189); die Preuſs. Bischofswahl v. J. 1568 (Richter, II. 303 ff.).

mit der vermögensrechtlichen Localkirche. Unter dem Titel „Von der Kirchen jren Einkommen vnd Gebewden“ spricht die Brandenburgische Visitations- und Cons.-O. v. J. 1573 von dem „Gottshaus oder Kasten“ als Eigenthumsträger und ordnet in Uebereinstimmung mit den übrigen Kirchenordnungen an: „Es sollen „in allen Stedten vnd Flecken, do es in voriger Visitation noch „nicht geschehen, Gottskasten in die Kirchen gesatzt, vnd darein „die Einkommen, der Geistlichen Lehen, defsgleichen Almosen vnd „andere Christliche milde Gaben, zu erhaltung der Kirchendiener „vnd Gebewde, auch zu der armen notturfft gesamlet werden.“ [1] Die Mecklenburgische K.-O. v. J. 1552 erklärt den „gemeinen Kast“ mit den Worten: „das ist der Kirchen einkomen.“ [2] Würde noch ein Zweifel über die rechtliche Natur dieses Kastens bestehen, so würde derselbe sicherlich durch die Württembergische „Ordnung eines gemeinen Kasten“ gehoben werden.[3] Die K.-O. der Gemeinde zu Niggen Rade erwähnt unter diesem Titel „Einkünfte und Rechte der Pfarren und Küstereien, die zur Fabrik gehörenden Güter und was zum Caland, den Gilden und geistlichen Lehen gehört,“ [4] und die Pommer'sche K.-O. v. J. 1563 spricht vom „eigendom des Gadeshuses, „mit aller gerechticheit vnd herlicheit, van acker, Katen, Pechten, „Renten, van Höuetstulen, Barschop, Immen, Schapen, Süluer, Klocken, „vnd wat deme Gadeshuse höret, welcke alsa ein inuentarium „by der Kercke syn schal.“ Man sieht, der Anstaltscharakter der Localkirche[5] ist überall aufs schärfste ausgeprägt, für die Annahme einer gemeindlichen Rechtssubjectivität aber fehlt hier jeglicher

---

[1] Richter, II. 367. — [2] Richter, II. 127.

[3] Richter, I. 261: „Das erst Capitel, durch welliche weg ein gemeiner kast auffgericht mag werden, vnnd was darein gefallen soll.

Erstlich, von bestendigem vnd gewissen einkommen, soll zusammengeschlagen, vnnd in ein Kasten eingezogen werden, alles was bifs anher, auff messen, vigilien, ewige liecht, wachs vnd öl, gewendt ist worden.

Item, was von pfründtgütter, von der herrschafft, stett vnnd dörffer, dem gemeinen allmusen zu gut, zu wegen gebracht mag werden.

Item, was der heilig, die Fabrick Presentz, Salue, Spenn, brüder vnd pflegschafft, vnnd dergleichen fallen haben.“

[4] Richter, II. 286.

[5] Die Mecklenburgische Cons.-O. v. J. 1570 spricht von den „Schüldner der Kirchen, gemeinen kastens oder anderer *piorum locorum*.“

Anhalt; die Roth-Meibom'sche Identificirung von „Kirchkasten" und „Pfarrgemeinde"[1] ist verfehlt, richtig dagegen die Büff'sche Gleichstellung von Kirchenkasten und Kirchenfabrik.[2]

Warum sollte ferner denn der protestantischen Auffassung allein die Gemeindetheorie entsprechen? Wenn wir auch von dem Eigenthum eines *universus coetus Evangelicorum,* der ja immerhin ein corporatives Aussehen im Sinn von Pertsch und Riegger annehmen könnte, absehen, so meinen wir, läge heute für die Protestanten eine sog. Landeskirchentheorie doch mindestens ebenso nahe, als die Gemeindetheorie. Unter der allgemeinen Annahme, als sei diese letztere allein dem Princip der evangelischen Kirche entsprechend, werden wir schliefslich mit innerer Nothwendigkeit zum Princip der »freikirchlichen Personalgemeinde« gedrängt, welches, wie auch Mejer hervorhebt, in der protest. Kirche nicht »adoptirt« ist.[3] Dieser hat vielmehr Recht, wenn er, wie Richter-Hinschius,[4] betont, dafs es vorzugsweise der Collegialismus gewesen ist, der die Erhebung der kirchlichen Localgemeinde zum Eigenthumssubject der kirchlichen Vermögensmassen beförderte. Collegialist war vor Allen Chr. Math. Pfaff,[5] neben J. H. Böhmer jedenfalls der namhafteste Anhänger der Gemeindetheorie unter den canonistischen Autoritäten, collegialistisch war ferner „die Schule der deutschen Naturrechtslehrer bis auf das Preufsische Allgem. Landrecht und auf Schleiermacher herab."[6]

Wir leugnen also, dafs die vermögensrechtliche, von katholischen Schriftstellern sog. „protestantische" Gemeindetheorie durch das protestantisch-dogmatische Gemeindeprincip gefordert wird.[7]

---

[1] Kurhess. Privatr. 254.

[2] Kurhess. Kirchenrecht, 734.

[3] Lehrb. des K. R. 421.

[4] Beiträge zum Preufs. Kirchenrecht 1865, S. 14 f.

[5] In den bei Mejer 420 erwähnten Schriften.

[6] Mejer, a. a. O. 420 f.: Jacobson-Mejer in Herzogs Realencyclopädie VII. 745.

[7] Gerade v. Fridesleven („Von Kirchengütern, cr. 1540; bei Hortleder: Handlungen und Aufsschreiben von den Ursachen des teutschen Kriegs Kaiser Carls V. . . . . (I. 2215), welcher als ältester Vertreter der sog. protest. Gemeindetheorie angeführt wird (vgl. die betr. Stelle bei Hübler, S. 79[3]), will in dieser Theorie nichts Neues bieten: „Wie jede Gemeind Christi abgeteilet und jr be-

Diesen Fehlgriff machte nur die Doctrin, nicht aber die protestantische Kirchengesetzgebung, und es mufs, im Gegensatz zu Vering[1] und Anderen, Hinschius unbedingt zugestimmt werden, wenn er sagt: „Jedenfalls läfst sich nicht allgemein für das protest. Kirchenrecht der Satz aufstellen, dafs die Gemeinde Eigenthümerin der Kirche ist.“[2]

Der heilsanstaltliche Charakter, auch der protestantischen Kirche, kommt in einer Reihe festumgrenzter kirchlicher Institute oder Anstalten zur Erscheinung,[3] die sonach gerade so gut der Kircheneigenthumsnormirung zu Grunde liegen können, wie in der kathol. Kirche ein corporativer oder corporationsähnlicher Parochialverband die vermögensrechtliche Grundlage bilden kann. Denn die katholische Kirche hinwiederum hat neben dem prävalirenden anstaltlichen Moment auch das corporative genügend entwickelt, und es ist ein entschiedener Irrthum, wenn Vering[4] und Andere die Kirchengemeindetheorie „nach den protestantischen Grundsätzen“ gefordert und nach katholischem Dogma ausgeschlossen glauben. Wir stimmen vielmehr v. Savigny bei (System II. 267), wenn er ebenso wie Keller betont, dafs die Gemeindeeigenthumstheorie „keineswegs unter die unterscheidenden Lehren der Katholiken und Protestanten gehört; beide stimmen in dieser Individualisirung des Kirchenguts überein, und die Differenz betrifft nur den Begriff und die Ver-

---

sonder Güter hat, also ist auch eine jede Gemein derselbigen Herr und ewige Besitzerin *(Cuius Ecclesiae est vis retentionis, si aeternum dominum d. c. qui memoratos 6)*, und mögen durch niemande überall vom Eigenthumb solcher Gemeinden, solang soliche Gemeinden seind, entzogen oder entfrembdet werden. Dis haben wir im Göttlichen Gesetz, in allen Canonibus und Satzungen der alten Concilien und heiligen Väter (12, q. 2, *Nulli 3*).“ Vgl. übrigens Richter-Dove (7. Aufl. 1085 N. 9).

[1] Kirchenrecht (2. Aufl.) S. 823, 824. Krick, Handb. der Verwaltung des Kirchenvermögens 1880, S. 50 u. a.

[2] Holtzendorffs Rechtslexicon, 3. Aufl. II. S. 464 (v. Kirchenfabrik).

[3] Die Brandenburgische Visit.- u. Consist.-O. v. J. 1573 erwähnt beispielsweise als Eigenthumsträger an zwei Stellen „Kirchen, Hospitale, Pfarren vnd Küstereyen“ (Richter, II. 384), die Mecklenburgische K.-O. v. J. 1552 (Richter, II. 127): Stifft, Klöster, Prebenden, Kasten, Kapellen, Bruderschaften.“

[4] Kirchenrecht, 2. Aufl. 784, 823, 824. Archiv 20, S. 128. Archiv 1882, S. 221. Vgl. auch unser Citat auf S. 332 N. 1.

fassung sowohl der einzelnen Kirchen, als der Kirche im Grofsen und Ganzen."

Wir stehen überhaupt auf dem Standpunkt, dafs kirchliche Vermögensfragen die kirchlichen Verfassungsprincipien unberührt lassen: von dem einen auf das andere ist ein Schlufs nicht gestattet. Wie wir aus dem Umstand, dafs sich die Verfassung der katholischen Kirche in hierarchischer Weise von oben aus bildet, keinen Beweis für die Richtigkeit der vermögensrechtlichen Gesammtkirchentheorie entnehmen können, ebensowenig ist es erlaubt, aus der laicalen Grundlage des Protestantismus heraus die Gemeindetheorie zu begründen; nach beiden Seiten wurde aber gefehlt. Selbst v. Poschinger ist hier nicht vorwurfsfrei, anderntheils in seinem Irrthum aber nicht consequent: er hält mit der *communis opinio* die Kirchengemeindetheorie für nicht „vereinbar mit der Verfassung der Kirche,“ [1] aber es unterliegt ihm „natürlich auch keinem Zweifel,“ „dafs nach particularem Rechte auch eine Kirchengemeinde Eigenthümerin einer *res sacra* sein kann,“ [2] was doch den Persönlichkeitscharakter der Kirchengemeinde zur Voraussetzung macht.

Die Gemeindetheorie wird durch das protestantische Kirchenverfassungsrecht wohl gefördert, aber nicht gefordert, anderntheils aber durch die Verfassungsprincipien der katholischen Kirche nicht ausgeschlossen, freilich auch nicht begünstigt.

In letzter Hinsicht ist insbesondere auf folgende Thatsachen hinzuweisen. In der ältesten Zeit erscheinen Laien auf dem Concil, [3] sie betheiligen sich bei der Wahl der Kirchenvorsteher und Kirchenbeamten [4] und bei der Ausübung der Kirchenzucht. [5] Auch für die Folgezeit bezeugt Cyprian der *plebs christiana* „*quando ipsa maxime habeat potestatem vel eligendi dignos sacerdotes vel in-*

[1] S. 197 N. 9. Vgl. hier unsere Darstellung 122 f. N. 1.

[2] S. 328 und 333. Was speciell den von P. angeführten Gegensatz von Kirchengut und *res sacra* anlangt, so ist zu wiederholen, dafs eine *res sacra* sehr wohl Theil des Kirchenguts sein kann und der Regel nach auch ist.

[3] *acta apost. XV. 22.*

[4] *acta apost. XV. 22; VI. 2 sqq.* 2. Corinth. VIII. 19.

[5] Matth. XVIII. 15 sqq. 1. Corinth. V. 4 sqq.

dignos recusandi.“ [1] Am bezeichnendsten ist gewifs folgende Stelle: „*Ad id vero, quod scripserunt mihi compresbyteri nostri — — solus* „*rescribere nihil potui, quando a primordio episcopatus mei sta-* „*tuerim, nihil sine consilio vestro et sine consensu plebis mea* „*privatim sententia gerere.*“ [2] Constantin hatte, als er sogar noch heidnische Tempel errichtete und Sonne, Apollo und Mithras als Symbole seines Noumens verehrte,[3] als „*ἐπίσκοπος ἐκ θεοῦ καθεσταμένος*,“ gewissermafsen als Bischof der äufseren Angelegenheiten. Synoden berufen und geleitet.[4] Die christlichen Kaiser erkannten es als ihre Aufgabe, theologische Streitigkeiten zu entscheiden und die Gesetzgebung in den Dienst dogmatischer Controversen zu stellen. Der Codex Justinianeus giebt fast auf jeder Seite die überzeugendsten Belege. Man lese nur die 13 ersten Codextitel und die Nov. 123 und 131. Constantius gab dieser staatskirchlichen Auffassung auf dem Concil von Mailand (a. 355) einen treffenden Ausdruck mit den Worten: „*ὅπερ ἐγὼ βούλομαι, τοῦτο κανὼν νομιζέσθω.*“ [5] Die ersten ökumenischen Concilien wurden durch die Kaiser berufen, verlegt, vertagt, geschlossen und bestätigt.[6] Der Kaiser hatte also eine hierarchische Stellung. Leo lobt den „*sacerdotalem et apostolicum pietatis animum*“ des Kaisers,[7] und das Concil von Constantinopel v. J. 448 begrüfste den Kaiser Theo-

---

[1] ep. 67 § 3.

[2] ep. 55 § 7. Vgl. auch lib. IV. ep. 2 (c. 5 C. 7, q. 1: „*Factus est Cornelius episcopus de Dei et Christi eius iudicio, de clericorum paene omnium testimonio, de plebis, quae tunc affuit, suffragio et de sacerdotum antiquorum et bonorum virorum collegio.*“

[3] Burckhardt, die Zeit Constantin des Grofsen. S. 337.

[4] Euseb. Vita Constant. I. c. 44: „*ἐξαίρετον δὲ τῇ ἐκκλησίᾳ τοῦ θεοῦ τὴν παρ᾽ αὐτοῦ νέμων φροντίδα· διαφερομένων τινῶν πρὸς ἀλλήλους κατὰ διαφόρους χώρας, οἷάτις κοινὸς ἐπίσκοπος ἐκ τοῦ θεοῦ καθεσταμένος, συνόδους τῶν τοῦ θεοῦ λειτουργῶν συνεκρότει.*“

[5] Athanasius. *Hist. Arian. c. 33.*

[6] Nach den ausführlichen Belegen von Hefele (Conciliengeschichte, I. 1—50, besonders 44 ff.) und Schulte (die Stellung der Concilien, Päpste und Bischöfe, 58 ff., 96 ff.) ist es überflüssig, diese Sätze noch besonders durch Beispiele zu illustriren.

[7] Jaffé, n. 309; vgl. auch n. 269.

dosius II. als „*ἀρχιερεὺς βασιλεύς*.“[1] Bis zu Gordian führten die oströmischen Kaiser auch den Titel „*pontifex Maximus*“. Diese hohepriesterliche Stellung wurde freilich nur den orthodoxen Kaisern zugestanden, den häretischen aber verweigert: sie wurde anerkannt und gepriesen, wo es Vortheil brachte, dagegen bekämpft, wo sie schadete.[2] Damit ist aber der principielle Boden verlassen. So pafste es dem h. Athanasius durchaus nicht, dafs der Kaiser ihm befohlen hatte, die Arianer sofort in die Kirchengemeinschaft wieder aufzunehmen, und dafs ihm mit Absetzung und Landesverweisung gedroht wurde.[3] Und als gar später der Kaiser Leo wiederum zur Unzeit erklärte: „*imperator sum et sacerdos*,“ erfuhr er von Seiten des Papstes Gregor II. eine gründliche Zurechtweisung.[4] Die Schwankungen in dieser Richtung genauer zu verfolgen, liegt aufserhalb des Rahmens unserer Arbeit: so viel aber ist gewifs, dafs eine gewisse wissenschaftliche Richtung heute den Laien kirchliche Jurisdictionsrechte durch das kirchliche Dogma für entzogen hält, die in der Byzantinischen und im minderen Mafsstab auch in der Carolingischen Zeit, von denselben unbestreitbar geübt wurden.[5] Dadurch erweist sich aber jene Auffassung als

---

[1] Auch das vierte ökumenische Concil zu Chalcedon sah im Kaiser „den Priester und Kaiser zugleich, den Sieger im Krieg und den Lehrer des Glaubens.“ Hefele, II. 330, 476. Wenn Hefele in dieser Begrüfsung aber nur eine byzantinische Höflichkeit erblickt, so ist das eine willkürliche Annahme, welche durch die wirklichen staatskirchlichen Verhältnisse der damaligen Zeit nicht unterstützt wird. Vgl. insbesondere Jaffé, n. 315.

[2] Friedberg, die Grenze zwischen Staat u. Kirche, 1872, S. 13. Vgl. auch die vorzügliche Darstellung bei Loening, Geschichte des deutschen K. R. I. 70—80.

[3] Athanasius, *apol. contra Arianos, c. 59.*

[4] Mansi, XII. c. 975: „*quemadmodum pontifex inspiciendi in palatiam potestatem non habet ac dignitates regias deferendi, sic neque imperator in ecclesias introspiciendi et electiones in clero peragendi, neque consecrandi vel symbola sanctorum sacramentorum administrandi neque participandi absque opera sacerdotis. Imperatores, qui pie vixerunt, ecclesiae pontificibus obedire minime recusaverunt.*“

[5] Das giebt auch der Recensent im Archiv f. kath. K. R. 15 S. 161 zu: „Auf diesem Standpunkt befanden sich die byzantinischen Kaiser, deren Codex mit dem Titel *de summa Trinitate et fide catholica* beginnt, worauf der Titel *de sacrosanctis Ecclesiis* folgt.“ Folgende Ueberlegung hilft ihm aber über diese Unebenheiten weg: „Wenn der Staat in früheren Zeiten sich ein

falsch. Es bestand sogar ein Recht des römischen Volkes, den Papst mitzuwählen, wie sich das Volk auch an der Wahl der Bischöfe betheiligte.[1] Heute noch haben Fürsten, wie z. B. der König von Bayern (Concordat, IX. und Indult v. 13. Novbr. 1817) ein Nominationsrecht bezüglich der Bischöfe des Landes, und Kirchengemeinden das Recht zur Vocation ihres Pfarrers; das ganze Institut des Laienpatronats schliefslich darf als der deutlichste Beweis dafür gelten, dafs eine dogmatische Unzulässigkeit der Laienbetheiligung an kirchlichen Jurisdictionshandlungen in keiner Weise zu begründen ist. Und was die in der kirchlichen Gesetzgebung ausgesprochene Abneigung gegen die laicale Verwaltung des Kirchenvermögens im Besonderen betrifft, so ist zunächst zu bemerken, dafs hier die Frage der Verwaltung und diejenige des Eigenthums sehr wohl auseinander zu halten ist. Wie z. B. die im Privateigenthum stehenden Pfarrkirchen kraft positiven Rechtes der Verfügungsgewalt der Eigenthümer entzogen sind und der geistlichen Behörde unterstehen, so kann das Gesetz auch die Verwaltung der Kirchengemeindegüter immerhin in einer anstaltlichen Form regeln. Was aber ferner die laicale Verwaltung selbst anlangt, so betreffen die diesbezüglichen kirchlichen Verbote und Beschränkungen nur die laicale Verwaltung des nicht im laicalen Eigenthum stehenden Kirchenguts, oder sie gehören einer Zeit an, wo aus dem überhandnehmenden laicalen Eigenthum an Kirchen Dispositionsrechte hergeleitet zu werden pflegten, welche sowohl *in spiritualibus*, beispielsweise durch die Uebertragung von Kirchenämtern, als auch *in temporalibus*, z. B. durch den Bezug eines Quotentheils an Zehnt und Oblationen, die Kirche empfindlich schädigten, und wie wir später sehen werden, den Investitur- und Patronatsstreit heraufbeschworen. Heute ist dieser Kampf ausgefochten, und man darf die alten Bestimmungen nicht ohne Weiteres auf die veränderten Verhältnisse Anwendung finden lassen: das *Conc. Trident. sess. 22 c. 8 u. 9 de reform.* spricht ganz allgemein von kirchlichen Anstalten, die unter der Obhut von Laien

---

Recht, in Sachen der kirchlichen Verwaltung Gesetze zu geben, zuschrieb, so geschah es vermöge seiner Eigenschaft eines christlichen Staates, als *res publica christiana*“ (S. 161). Begründet dies denn eine hierarchische Stellung?

[1] Vgl. N. 2, S. 337. Ferner Gierke, deutsch. Genossenschaftsrecht, I. 287.

stehen *(„si praedictorum locorum cura ad laicos pertineat“)*, und kennt *„administratores tam ecclesiastici quam laici fabricae cuiusvis ecclesiae.“* So lange die christlichen Gemeinden vom Geiste Gottes erfüllt waren, konnte die Betheiligung der Laien bei der Verwaltung der kirchlichen Obliegenheiten nur segensreich wirken. Nachdem aber dieser gute Geist geschwunden war, stellte sich das Bedürfnifs heraus, den Einflufs der Laien immer mehr einzuschränken, in vielen Beziehungen ihn sogar gänzlich zu beseitigen [1] und mit veränderter Zeitlage auch wieder zu steigern und zu befestigen. Die in dieser Hinsicht erfolgte wechselreiche kirchliche Gesetzgebung hat, wenn es nicht unbescheiden ist, dies auszusprechen, unsere ungeheuchelte Zustimmung. Aber wir müssen immer wieder darauf hinweisen, dafs diese ganze Frage eine entwicklungsgeschichtliche ist, und dafs vor Allem der Satz, die Laien hätten principiell und kraft Dogma weder eine *facultas* noch eine *potestas* zu irgend einer Selbständigkeit in der kathol. Kirche, durch die Geschichte als falsch erwiesen ist. Ferner ist zu betonen, dafs die hier in Betracht kommenden gesetzlichen Beschränkungen nur die *potestas* der Jurisdiction berühren, dafs eine Theilnahme der Laien an den *iura ordinis* nie stattgefunden hat und dogmatisch ausgeschlossen ist, und dafs eine gesetzliche Beschränkung im kirchenprivatrechtlichen Gebiete nicht in gleicher Weise, wie diejenige auf rein geistigem Gebiete, zu begründen ist. Und selbst wenn sie bezüglich der Vermögensverwaltung zu begründen wäre, hat das denn einen Einflufs auf die Eigenthumsfrage? Es ist absolut nicht einzusehen, inwiefern es unkatholisch [2] sein sollte oder der Kirche Nachtheil bringen könnte, wenn eine Gemeinde, die sich um ein kirchliches, von der Kirchengewalt selbst errichtetes Institut zusammenfindet, und deren räumliche Abgrenzung und Bildung doch ebenfalls durch die Kirchenbehörde erfolgt ist, [3] Eigen-

[1] Vgl. c. 5 D. 89; c. 1 D. 96; c. 4, 5 C. 10, q. 1; c. 22, 23, 25 C. 16, q. 7; c. 2 X. 2, 1.

[2] Maas, Archiv IV. 663: „Die katholische Kirchenverfassung schliefst überhaupt das Gemeinderegiment in kirchlichen Sachen aus; und so ist die von Savigny und Eichhorn vertheidigte Lehre vom Eigenthum der einzelnen Kirchengemeinden am Kirchengut ebenso akatholisch als unjuristisch.“ Aehnlich Vering, K. R. 2. Aufl. 784, 823 f. u. a. Unsere Darstellung S. 332 ff.

[3] Richter-Dove (7. Aufl. 1087): „Die Kirchengemeinde hat ihr Dasein durch die Kirche, sie hat also ihr Eigenthum nur mit Rücksicht auf die Kirche.“

thumssubject des für ihre Bedürfnisse bestimmten Vermögens ist. Es ist aber auch nicht unkatholisch, dafs sie durch selbstgewählte taugliche Männer unter kirchlicher Aufsicht die Vermögensverwaltung führt, nachdem ihr doch selbst geistige Jurisdictionsbefugnisse zustehen konnten oder noch zustehen. Wenn es ferner nicht unkirchlich ist, dafs Laienklöster Träger von kirchlichen Vermögensrechten sind, so darf dies auch nicht von den Kirchengemeinden behauptet werden, welche in einer organischeren Verbindung mit der Gesammtkirche stehen als jene. Und in c. 12 X. 3,13 heifst es doch auch: *„cum laicis quamvis religiosis disponendi de rebus ecclesiae nulla sit attributa potestas.“* Wir würden es sogar eher verstehen, wenn die Kirche in ähnlicher Auffassung, wie die Bettelorden, auf die Befugnifs, Träger von Eigenthumsrechten zu sein, in Hinsicht auf ihren rein geistigen Beruf, da, wo es angeht, lieber verzichten und zur Rechtsträgerschaft des localen Kirchenvermögens lieber den kirchlichen Laicalverband vorschieben würde; ihr Einflufs auf die Vermögensverwaltung könnte dabei ja aufs Bestimmteste gewahrt werden. Uebrigens mufs es dem ruhigen Beobachter doch sehr bedenklich erscheinen, dafs die Gesammtkirchentheoretiker, welche mit so grofsem Eifer gegen die sog. verfassungs- und dogmenwidrige Rechtssubjectivität der Kirchengemeinde kämpfen, in ihren Darstellungen über das französische Kirchenvermögensrecht, wo die Gesetzesterminologie nur zu oft blofs die Wahl zwischen einem kirchen- und civilgemeindlichen Eigenthum läfst, mit so wunderbarer Rührigkeit für das Eigenthum der Kirchengemeinde eintreten. Ist die Rechtssubjectivität der Kirchengemeinde gegen Dogma und Verfassung der katholischen Kirche, so gilt dies doch auch für das französische Rechtsgebiet.

Wir haben uns überzeugt, dafs die kirchliche Gemeindetheorie viel öfter eine protestantische genannt denn als solche geboten wurde. Ihre Rechtfertigungsgründe liegen zum gröfsten

Es ist vielfach die übertriebene Behauptung aufgestellt worden, nach katholischem Kirchenrecht gäbe es überhaupt keine Kirchengemeinden im rechtlichen Sinn. Es lohnt sich nicht, auf die Unrichtigkeit dieser Ansicht näher einzugehen; die Motive zum preufsischen Kirchenvermögensverwaltungsgesetz vom J. 1875, Anlage N. 16 S. 211 heben bereits mit Recht hervor, dafs „der Begriff

Theil auf einem ganz anderen Gebiete, so dafs selbst Sauter,[1] Walter[2] und Gitzler,[3] gewifs dem Katholicismus treu ergebene Männer, sich zu ihr bekannten.

§ 71.
Fortsetzung.

Wir haben gegen die Kirchengemeindetheorie weder vom dogmatischen noch kirchengesetzlichen Standpunkt aus etwas einzuwenden. Nichtsdestoweniger halten wir sie für verfehlt.

Die hervorragenden Civilisten, welche die Gemeindetheorie vertreten, v. Savigny,[4] Rudorff,[5] Böcking,[6] v. Keller,[7] Förster,[8] auch Eichhorn,[9] stützen sich in erster Linie auf die schon S. 290 angeführte l. 26 C. 1, 2, und v. Keller bezeichnet deshalb die Gemeindetheorie für eine „wohlthätige (!) Ansicht“, „welche im katholischen wie im protestantischen Kirchenrecht festgehalten werden mufs.“ In der bezeichneten *lex* ist jedoch nur gesagt, dafs das Eigenthumssubject einer der Kirche (Gott) testamentarisch zugewandten Sache nicht in der Gesammtkirche, sondern in einer ganz bestimmten Einzelkirche liegt; von einem Eigenthum der Gemeinde ist weder hier noch in der ebenfalls angezogenen Nov. 131 c. 9, l. 1 C. 1, 2, l. 4 C. Theod. 16, 2, oder dem *edictum Licinii*[10] die Rede. Denn weder *„concilium“*, noch *„corpus“*, noch *„conventicula Christianorum“* hat die nothwendige Bedeutung eines communalen Verbandes. Und

---

der Gemeinde auch dem katholischen Bewufstsein nicht fremd“ ist, und dafs sich derselbe „nicht nur in staatlichen Gesetzen, sondern auch in Erlassen der kirchlichen Behörde“ wiederfindet.

[1] *Fundamenta iuris eccl. cathol. 1805 § 854, 855.* Das Sauter'sche Werk ward von Walter bei der ersten Bearbeitung seines Lehrbuchs zu Grunde gelegt.

[2] Lehrb. des K. R. 1.—9. Aufl. 1822, §. 251.

[3] Handb. des gem. u. preufs. K. R. § 116.

[4] System des röm. Rechts II. 264 ff., insbesondere 266.

[5] Puchtas Institutionen IV. Aufl. § 191.

[6] Pandekten 1853 I. 242. — [7] Pandekten 1866 I. 85, Anm. 3.

[8] Theorie der preufs. Gesetze über das Eigenthum am Kirchenvermögen (in Suckows Prophet, 1846, VIII. 237) u. preufs. Privatrecht 1873 (IV. 398).

[9] Grundsätze des Kirchenrechts, 1831 II. 648. Vgl. auch Bluhme, System des in Deutschland geltenden Kirchenrechts, 1868, S. 176.

[10] Bei Lactantius, *de mort. persecutorum, c. 48.*

wenn Dorner[1] „die Kirchbaulast der Parochianen bei Kirchen, Pfarrhöfen u. s. w.“ für „ein sicheres Anzeichen ihres Eigenthumsrechtes“ hält, und zwar sogar für den Fall, daſs diese eine »subsidiäre« ist, so irrt er sehr: denn das Eigenthumsrecht hat wohl gemeinhin eine Baupflicht zur Folge, aber nicht jede Baupflicht ist der Ausfluſs des Eigenthumsrechtes, vielmehr kann diese die verschiedenste Rechtsgrundlage haben; sie kann vor allem auf Grund eines erschöpfenden *usus* staatlich angeordnet sein. Ebenso unjuristisch ist die Auffassung v. Sybels, welcher in der aus der Beschenkung eines Instituts resultirenden ökonomischen Bereicherung der Kirchengemeindemitglieder, die infolgedessen eine beschränktere Beitragspflicht haben, einen Beweis für die Richtigkeit der Gemeindetheorie erblicken will.[2] Von hier aus kommt man überhaupt zu keinem einheitlichen Corporationsgut, sondern dem *condominium*, und es treten dann nicht bloſs die einzelnen Gemeindemitglieder, sondern auch der Fiscus, Patron und andere Private mit in den Kreis der Miteigenthümer. Juristisches Eigenthum und wirthschaftliche Interessen sind nicht dasselbe, wie wir denn auch schon S. 73 die Identificirung von Eigenthumssubject und Genuſsdestinateur als irrig erwiesen haben. Ferner ist auch der unhistorische Charakter dieser Theorie genügend bekannt:[3] das Kirchengut ist älter als die Kirchengemeinden, die sich erst um die bestehenden kirchlichen Institute bildeten, und es rührt ebenso selten von den Gemeinden her, als es ihnen stiftungsgemäſs zugewandt ward. Auch der sehr lange

[1] Kurze Erörterung der Rechtsfrage, wem das Eigenthum am Kirchengute zusteht, 1868, S. 44.

[2] Das altkath. Bisthum u. das Vermögen der römisch-kath. Kirchengesellschaften 1874, S. 27 f.: „Wer einem Institut Vermögen schenkt, der giebt Güter hin, welche für die Bedürfnisse des durch das bezeichnete Institut vermittelten Cultuszweiges innerhalb einer bestimmten Gemeinde verwandt werden sollen. Somit erscheint als der allein bereicherte Theil nicht das Institut, sondern die Gemeindemitglieder; wenn z. B. für das Pfarramt einer Gemeinde ein Vermögen geschenkt wird, so brauchen die Gemeindemitglieder um so weniger aus ihren Mitteln für den Unterhalt des allein für ihre Bedürfnisse angestellten Pfarrers aufzubringen.“

[3] Evelt, die Kirche und ihre Institute auf dem Gebiete des Vermögensrechtes, 1845, S. 18, 24. Schulte, *dissert. de rer. eccl. dom. 9 sqq.*, System 480. Braun, das kirchliche Vermögen, 29. Hübler, 84.

Zeit hindurch übliche Ausschlufs der Gemeinde von der Verwaltung ist hier bedeutungsvoll. Wir halten es zwar für verfehlt, aus dem Bestehen eines Verwaltungsrechtes auf ein Eigenthumsrecht schliefsen zu wollen. Aber anderntheils steht es doch ebenso fest, dafs die Verwaltung nach allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen zunächst das Recht des Eigenthümers ist, und dafs hierin nur aus den triftigsten Gründen eine gesetzliche Verschiebung stattfindet. Wenn wir nun gar noch die collegialistische Natur der Kirchengemeinde in Erwägung ziehen, welche eine Selbstverwaltung, vor allem aber eine Selbstcontrole ermöglicht, so darf aus dem totalen Fehlen einer communalen Verwaltung bis in das Mittelalter hinein doch wohl auch auf das Fehlen eines communalen Eigenthums geschlossen werden. Schliefslich giebt es kirchliche Vermögensmassen und *res sacrae,* die, wie z. B. die Klöster mit ihren Kirchen, gar keinem pfarrgemeindlichen Verbande angehören können.[1]

Die Gemeindetheorie zeigt im Allgemeinen nur eine negative Seite: sie betreibt in erster Linie die Opposition gegen die Gesammtkirchentheorie und verlangt die Specialisirung des Kirchengutes;[2] dafs dabei das kirchliche Eigenthumssubject gerade Kirchen-

---

[1] Evelt, 16; Schulte, System 478, die neueren kathol. Orden und Congregationen, S. 9; Hübler, 86.

[2] So hält v. Savigny (System II. 265 f.) es für nöthig, „dafs an ihre Stelle (d. h. der Gesammtkirchentheorie) die Annahme individueller jur. Personen. auch in Beziehung auf das Kirchengut, gesetzt werden müsse . . . Subject des Eigenthumsrechts ist also eine individuelle Kirchengemeinde, d. h. die Corporation der zu dieser Kirche gehörenden Christen." S. 267 betont er, dafs er nur abweisen wolle „die Meinung derjenigen, welche entweder alles Kirchengut überhaupt der Universalkirche, oder das in jedem bischöflichen Sprengel befindliche Kirchengut, dieser Diöcesankirche als Gemeingut zuschreiben." Auf derselben Seite spricht er daher auch „den kirchlichen Instituten" Eigenthum zu und vertheidigt den Eigenbesitz der Stiftungen (268). Ebenso v. Keller (Pand. I. 85[3]): „Die Einheit der christlichen Kirche führte leicht darauf, auch die Vermögensverhältnisse auf diese Einheit zu beziehen und so alle derartigen Erwerbungen entweder der gesammten christlichen Kirche und ihrem sichtbaren Oberhaupt oder doch der Diöcesankirche (Bischof) zuzuschreiben." Dies hält er mit Rücksicht auf *L. 26 C. de S. S. eccles. 1, 2* für unrichtig und meint: „Die juristische Persönlichkeit soll zunächst in die individuelle Kirchengemeinde gesetzt werden." Auch Förster (in Sukows »Prophet«, 1846, S. 231, 236, 237, 241 ff.) vertritt die Gemeindetheorie nur in Opposition gegen die Lehre, „dafs

gemeinde genannt wurde, war wohl nie im Sinn einer exclusiven Bestimmtheit gemeint. In der communalen Auffassung von Titius z. B., die alsbald näher angegeben werden soll, drückt sich nur die Unfähigkeit aus, das Wesen des in der Kirche sich darstellenden kirchlichen Instituts sprachlich zu fassen, und Savigny beruft sich sogar auf folgende Stelle des Gonzalez Tellez:[1] „*Dicendum est, dominium rerum ecclesiasticarum residere penes ecclesiam illam particularem, cui talia bona applicata sunt pro dote,*" sowie Förster[2] auf c. un. C. XIII. q. 1, c. 4. C. XII. q. 5, Nov. 131, c. 13, Stellen, die wie viele andere, doch nur von einem einzelkirchlichen Eigenthum sprechen. Auch Helle[3] wies darauf hin, dafs Windscheid und Rotteck-Welcker von einem Eigenthum der Institute und der Kirchengemeinde redeten, und Helfert, welcher sich in seiner Schrift von dem Kirchenvermögen II. Aufl. 1825 I. 44 zur Institutentheorie bekennt, erklärt mit derselben Bestimmtheit in einem anderen Werke: „Die öffentlichen Kirchen gehören als *patrimonium universitatis* den eingepfarrten christlichen Gemeinden!"[4] Eben wegen dieser Unsicherheit wird auch Puchta-Rudorff von Hübler[5] zu den Anhängern der Kirchengemeindetheorie, von Uhrig[6] aber zu denjenigen der Institutentheorie gerechnet. Der einzige, welcher Kirche und Kirchengemeinde als zwei verschiedene Begriffe kennt, ist Eichhorn,[7] doch verfällt dieser wiederum in einen andern Fehler;

---

die allgemeine Kirche das Eigenthum besitze." Sein Beweisthema (S. 237 f.), „dafs zum Rechtserwerb nur die einzelne, bestimmte Kirche fähig" sei, könnte ihn auch als Anhänger der Institutentheorie erscheinen lassen, die er aber unter diesem Namen nicht kennt. Hierher ist auch Gitzler zu zählen (Preufs. K.R. 372, 396).

[1] *in Decr. III. t. 13 c. 2.*

[2] Sukows »Prophet« 1846, S. 241 ff.

[3] Das kirchliche Vermögen, S. 52 f.

[4] Von der Erbauung, Erhaltung etc. 114.

[5] S. 78. — [6] Das Kirchengut, S. 5 f.

[7] Grundsätze des Kirchenrechts, II. 649. Eine ähnliche Unsicherheit findet sich bei Gitzler (Handb. 316), welcher als Eigenthümer des Kirchengutes erklärt „die Kirche, für welche es erworben worden ist, mit den zu ihr gehörigen Parochianen." Anders Büff (Kurh. Kirchenrecht, 730): „In diesem Sinn ist die individuelle Kirchengemeinde (ἐκκλησία) oder Kirche (κυριακή) Inhaber des Kirchenvermögens."

„Das Subject (des kirchlichen Eigenthums) besteht schon nach „den ältesten bürgerlichen Gesetzen . . . in den einzelnen kirchlichen Gemeinden. Späterhin (?) wurden diesen die einzelnen „kirchlichen Institute gleichgestellt, welche durch eine Verfügung der Kirchengewalt (!) als moralische Person in Hinsicht „auf den Besitz des Eigenthums mit den kirchlichen Gemeinden gleiche Rechte erhielten."

Dafs die Gemeindetheorie auch die *res sacrae* in ihren Kreis zog, braucht nicht des Näheren ausgeführt werden. Titius sagt: „Es sind demnach sowohl die geheiligten als Kirchensachen dem „Eigenthum unterworfen; es ist dieser (d. h. der Eigenthümer) die „Kirche, hierdurch aber wird nicht verstanden der steinerne oder „hölzerne Tempel, sondern eine Versammlung einiger Personen, die „sich an einem gewissen Ort zu einer Glaubensformel bekennen." [1] Die Kirchen besonders spielten hierin eine hervorragende Rolle. Dorner zieht seine gemeindetheoretischen Schlüsse ja gerade aus der »Kirchenbaulast«, [2] und neben der Schweiz hat das preufs. Allgem. Landrecht der Doctrin vom Gemeindeeigenthum der Kirchen den gesetzgeberischen Ausdruck verliehen: „Kirchen und andere dahin gehörige Gebäude sind ausschliefsendes Eigenthum der Kirchengesellschaft, zu deren Gebrauch sie bestimmt sind." [3] Ja von Helfert könnte man sogar meinen, dafs er nur die *res sacrae* als Eigenthum der Gemeinde auffafst, die kirchlichen Vermögensmassen aber einem anstaltlichen Eigenthümer unterstellt. [4] Die Verurtheilung dieser Theorie ist in der obigen Kritik enthalten.

§ 72.

6. Die Institutentheorie.

Dafs schliefslich auch die Institutentheorie, welche die verschiedenen mit unkörperlicher Persönlichkeit ausgestatteten kirchlichen Institute als Eigenthümer des Kirchenvermögens erscheinen

---

[1] Probe des Teutschen geistl. Rechts, 1. Hptstück § 15. Vgl. auch Wolff und Schilter bei v. Poschinger, 317.

[2] Vgl. S. 343 unserer Abhandlung.

[3] Th. II. tit. 11 § 170. — [4] Vgl. vorige Seite.

läfst, bezüglich der *res sacrae* ihre Vertreter gefunden hat, wird am wenigsten verwundern. Vor Allen huldigt ihr der in unserer Frage so unermüdliche Kreittmayr, indem er der Meinung beistimmt, „dafs jede Kirche selbst, soweit sie *personam mysticam* vorstellt, die wahre Eigenthümerin von ihren *res sacrae* sei.“ [1] Diese Auffassung, welche insbesondere jedes kirchengemeindliche Eigenthum ausschliefst, und welche unter Anderen besonders von Bluhme [2] und Regnier [3] getheilt wird, müssen wir jedoch ebenfalls bekämpfen, und zwar dürfte dies am besten geschehen, wenn wir nunmehr unsere eigene Ansicht über das Eigenthumssubject der *res sacrae* entwickeln.

[1] Anm. z. bayr. Landr. Th. II. c. 1 § 2 Nr. 2. Vgl. darüber Schumann im Archiv f. kath. K. R. 1863, S. 195. v. Poschinger, 318.

[2] Kirchenrecht § 194.

[3] Replik auf die Denkschrift des kgl. Fiscus v. 21. April 1856, S. 8.

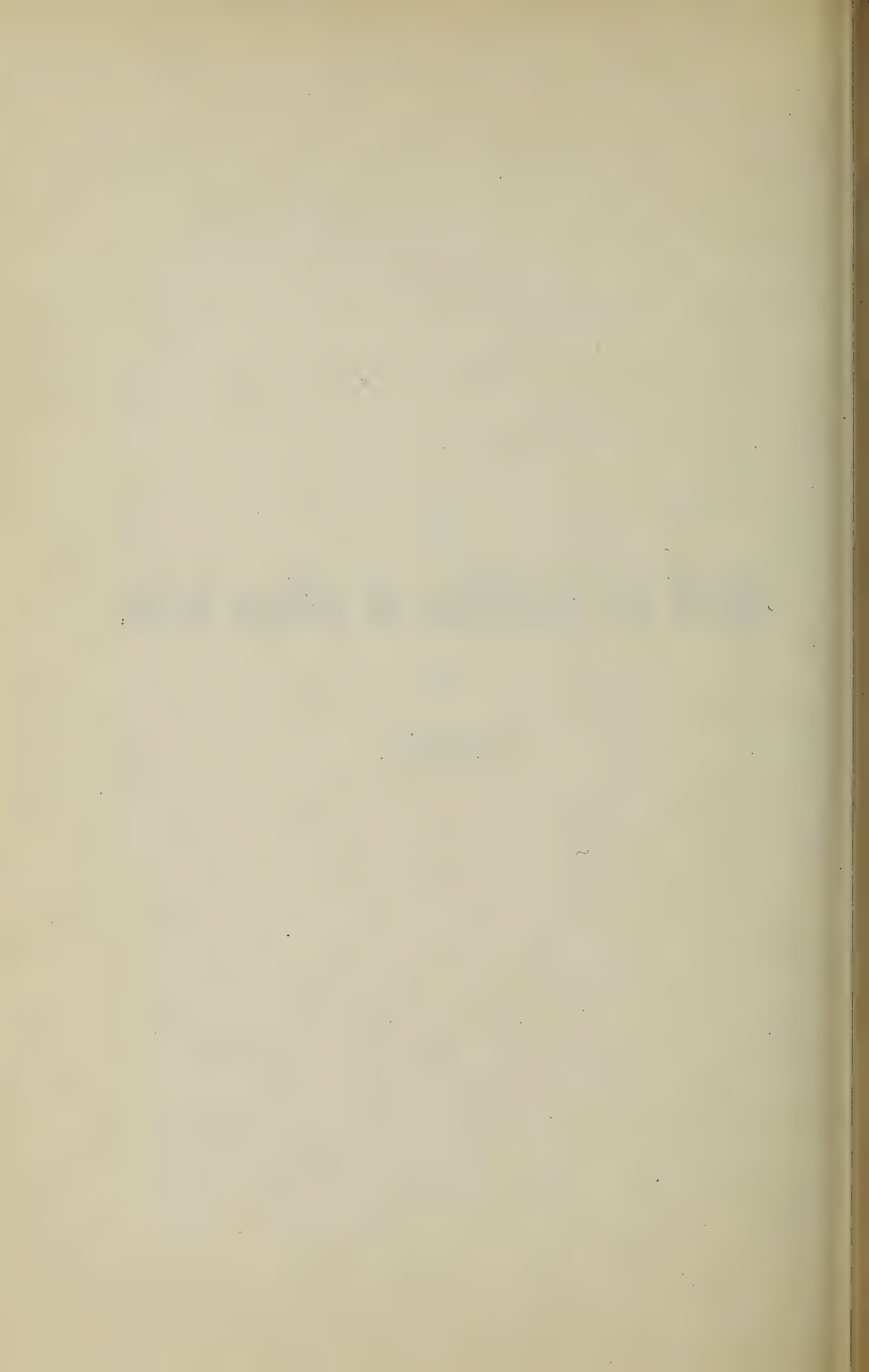


Gedruckt bei August Bagel in Düsseldorf.

Der

Begriff und Eigenthümer der heiligen Sachen.

II. Band.



Der Begriff und Eigenthümer der heiligen Sachen,

zugleich eine Revision der Lehre von den juristischen Personen und dem Eigenthümer des Kirchenguts

von

Dr. phil. et utr. iur. Christian Meurer,
Privatdocent an der Universität Breslau.

II. Band.

Die specielle Eigenthumslehre.



Düsseldorf
Verlag von Felix Bagel.
1885.

Inhalt zum zweiten Band.

III. Theil.

Die Eigenthumsfrage (Fortsetzung).

B. Dogmatische Darstellung.

§ 1.

Einleitung.

Caroc hat bereits vor beinahe 200 Jahren den Weg zur Lösung der Sacraleigenthumsfrage angedeutet, indem er betonte, daſs man hier nicht schablonenmäſsig vorgehen könne, sondern die Untersuchung im Einzelnen zu führen habe.[1] Dieses Wort, so richtig es war, blieb jedoch erfolglos gesprochen: nach wie vor suchte man *„generali regula“* den Eigenthümer der *res sacrae* zu bestimmen. Erst in den 70er Jahren dieses Jahrhunderts, nach mühevollen, fast labyrinthartigen Irrfahrten kam man auf die vernünftige Einfachheit und Natürlichkeit des Caroc'schen Standpunktes zurück, nachdem, freilich vereinzelt und ohne besonderen Erfolg — von Eybel,[2] Glück,[3] Schnubert[4] und Wiese[5] — das Unrichtige einer einheitlichen und einseitigen Lösung der Sacraleigenthumsfrage hervorgehoben worden war. Auch Stobbe könnte hierher gerechnet

---

[1] *Cogitata sua de dominio rei sacrae speciatim templi,* 1708 (wir citiren nach v. Poschinger): *„Hucusque indicavimus, quam varie in hoc nostro argumento sentiant D. D. Meam si quis forsan scire velit sententiam, haud facile crediderim, generali regula definiri posse, quisnam sit templi dominus proprietalis. Verum magis esse videtur, ut pro diverso locorum ac circumstantium habitu iudicium feratur, idque felicius procedat, quam si hic subtiliter et problematice disputareris.“*

[2] *Introductio in ius eccl. cathol. tom. II. lib. II. c. 4 § 118 sq.*

[3] Comm. II. § 167. Dieser faſst seine Auffassung insbesondere gegen v. Bülow und Hagemann dahin zusammen: „Nach diesen ganz richtigen Grundsätzen (Eybels) also können kirchliche Gebäude und andere zum unmittelbaren gottesdienstlichen Gebrauche gewidmeten Sachen entweder im Eigenthum des ganzen Staates, oder einzelner Gemeinden im Staate, oder einzelner Personen oder Familien seyn.“

[4] Grundsätze des Kirchenrechts der Katholiken in Teutschland, § 540.

[5] Handbuch des gemeinen in Teutschland üblichen Kirchenrechts, 2. Theil § 297 u. 307.

werden, wenn er sich nicht in dieser principiell zu billigenden Richtung einer neuen Einseitigkeit schuldig gemacht hätte.[1] Poschinger war es, der die oben citirte Bemerkung Carocs wieder aufgriff, wie er überhaupt das Verdienst hat, auf Caroc zuerst hingewiesen und die Caroc'schen Gedanken für die Jetztzeit nutzbringend gemacht zu haben. Doch v. Poschinger behandelt unsere ganze Frage nur anhangsweise, und manchem seiner Resultate müssen wir ebenso wie der parallellaufenden Auffassung Carocs direct widersprechen: immerhin aber halten wir den gekennzeichneten Standpunkt für den unbedingt richtigen. Auch was die Planmäfsigkeit der Methode betrifft, vermissen wir bei v. Poschinger eine juristische Sonderung der Frage gleich in ihrem Hauptbestand. Nach unserem Dafürhalten müssen wir nämlich den auch von Poschinger gelegentlich aufgestellten Satz, dafs die *res sacrae* nicht nothwendig zum Kirchengut gehören, zum Ausgangspunkt nehmen und demgemäfs handeln über das Eigenthumssubject der heiligen Sachen, welche nicht zum kirchlichen Eigenthum gehören, und in einer zweiten Abtheilung über den Eigenthümer der *res sacrae*, welche ein Theil des Kirchenguts sind. So haben wir uns denn an zweiter Stelle auch mit dem populär gewordenen Problem der kirchlichen Eigenthumsfrage zu beschäftigen.

Die genannte Unterscheidung hat zwar keine principielle Bedeutung, in dem Sinn, dafs der Richter immer erst die allgemeine Frage, ob eine *res sacra* im kirchlichen oder weltlichen Eigenthum stehe, und dann erst die besondere Frage, welcher kirchliche resp. weltliche Rechtsträger eigenthumsberechtigt sei, zu entscheiden habe. Die Specialprüfung setzt keine Untersuchung allgemeiner Art voraus, andererseits ist aber in der ersteren die allgemeine Frage immer mit beantwortet. Wenn die besagte Dichotomie daher auch für die Praxis keinen Werth hat, so ist sie doch in hohem Grade werthvoll, und nur bei dieser Systematik halten wir eine wissenschaftliche Lösung des Eigenthumsproblems der heiligen Sachen für möglich.

---

[1] Deutsch. P. R. I. 434: „An Kirchen, Kirchengeräthschaften, Kirchhöfen, Begräbnifsplätzen haben die Kirchengemeinden, politischen Gemeinden oder Privatpersonen das Eigenthum."

I. Abtheilung.

Der Eigenthümer der heiligen Sachen, welche nicht zum Kirchengut gehören.

§ 2.

Allgemeines.

In der ganzen folgenden Darstellung erkennen wir es nicht so sehr als unsere Aufgabe, für jede einzelne *res sacra* den concreten Eigenthümer nachzuweisen, — das wäre ja auch unmöglich — vielmehr ist es hierbei immer ausdrückliches oder stillschweigendes Beweisthema, dafs überhaupt ein weltliches Eigenthum an den *res sacrae* in Wirklichkeit vorkommt, dafs dieselben überhaupt auch nichtkirchliche Eigenthümer haben können, also nicht nothwendig zum Kirchengut gehören. Die Darstellung ist demnach nicht umfassend, sondern exemplificatorisch, und giebt nicht so sehr fertige civilistische Einzelbestimmungen als allgemeine Principien, die aber den Richter mit Sicherheit bis dahin führen, wo die gesetzlichen Eigenthumsnormen einsetzen. Erst wenn er z. B. weifs, dafs eine *res sacra* auch im Eigenthum eines Privaten stehen kann, wird er den Eigenthumsanspruch eines solchen auf seine rechtliche Grundlage zu prüfen beginnen und an der Hand der Bestimmungen über Eigenthumserwerb in der Lage sein, diesen Anspruch entweder zu- oder abzuerkennen.

Es ist nun in erster Linie darauf hinzuweisen, dafs die totale oder beschränkte Unfähigkeit, im Privateigenthum zu stehen, durch einen Rechtssatz gegeben sein mufs. Hierauf ist also in erster Linie das Auge zu richten. Sodann können aber auch canonische Vorschriften für den Richter belangreich werden, nicht zwar so, als ob diese besondere civilrechtliche Bestimmungen über den Eigenthumserwerb der *res sacrae* treffen dürften, als vielmehr in der Richtung, dafs

1. canonische Verbote den Mangel einer civilrechtlichen Voraussetzung, also einen *defectus obligationis* und folgeweise Nullität begründen können;

2. dafs durch die Kirche an bestimmte civilrechtliche Vorgänge der Verlust des Sacralcharakters geknüpft sein kann: was die Kirche schafft, kann sie auch wieder zerstören.

Diese beiden Punkte kommen hier nicht in Betracht.

Was aber den staatlichen Rechtssatz anlangt, so ist in keiner Civilgesetzgebung des deutschen Reiches eine Bestimmung zu finden, die das Privateigenthum an den *res sacrae* ausschliefst. Den heidnischen Grundsatz des Divinaleigenthums hat im Wesentlichen, wie wir S. 282 ff. sahen, bereits die Justinianeische Gesetzgebung überwunden, und heute ist es in jeder Gesetzgebung ein Axiom, dafs die *res sacrae* der Erde wiedergegeben und Privatrechtsobjecte sind. Wir haben daraus schon S. 289 ff. den Schlufs gezogen, dafs die *res sacrae* deshalb auch einen irdischen vom Rechte erfafsbaren Träger haben müssen. Dafs dieser aber nothwendiger Weise gerade die Kirche sein müsse, ist wiederum von keiner Civilgesetzgebung erklärt.[1] Was insbesondere den heute in allen Civilgesetzgebungen geltenden Grundsatz der partiellen Extracommercialität anlangt, so stellt sich diese nach ihrem innersten Wesen dar als ein Verbot des nichtgottesdienstlichen Gebrauches; auch das in ihr enthaltene beschränkte Veräufserungsverbot hat in dem Streben, jede Beeinträchtigung ihrer erhabenen Zweckerfüllung zu erschweren, seinen Rechtsgrund. Ob schon der diesen Bestimmungen entgegengesetzte Vertrag, oder erst die denselben begleitende Aneignung den Charakter der Nullität an sich trage, kann hier für die verschiedenen Rechtsgebiete eine offene Frage bleiben; so viel ist für jedes Particularrecht zweifellos, dafs in Zuwiderhandlung gegen die Extracommercialitätsbestimmungen kein Eigenthum erworben wird, dafs übrigens die principielle und gesetzliche Möglichkeit eines Eigenthumserwerbs überhaupt hierdurch nicht berührt wird.[2] Wie so einestheils die Eigenthumsverschiebung bezüglich der *res sacrae* nur erschwert, aber nicht unmöglich

---

[1] Die Doctrin behauptet mitunter das Gegentheil, z. B. Schmidt (Sächs. Privatr. I. 88 f.): „obwohl bei allen diesen Gegenständen im Auge zu behalten ist, dafs sie neben diesem gemeinen Gebrauche zugleich als im Eigenthume derjenigen juristischen Person stehend anzusehen sind, deren Zwecken sie dienen, also ... der Kirche.“

[2] Vgl. beispielsweise das preufs. allgem. Landrecht II. tit. 11 § 180, 181. Hiernach können „Kirchengefäfse und andere zum unmittelbaren gottesdienst-

wird, so ist anderntheils zu wiederholen, dafs durch die *consecratio-benedictio* die Eigenthumsfrage unberührt bleibt. Wer demnach Eigenthümer einer nicht heiligen Sache war, dem darf das Eigenthumsrecht bezüglich dieser Sache nach erfolgter Weihe nicht bestritten werden, es sei denn, dafs er sich durch ein die Weihe begleitendes, ihr vorausgehendes oder folgendes Rechtsgeschäft desselben entäufsert hat. Damit kommt man zu dem Schlufs: das Recht des Eigenthums an den heiligen Sachen kann *in abstracto* jeder rechtsfähigen Person zustehen und bestimmt sich *in concreto* nach einem im Civilrecht anerkannten rechtlichen Erwerbstitel.

1. Die *res consecratae* mit Ausnahme der Kirchen.

§ 3.

Das Eigenthum der Patenen.

In diesem Paragraphen handelt es sich um den Nachweis, dafs Patenen auch im nichtkirchlichen Eigenthum stehen.

Die Patene ist als Pertinenz des Opferkelches *(calix)* zu betrachten. Wenn Böcking[1] leugnete, dafs auch bewegliche Sachen Zubehörden haben könnten, so widerstreitet dies der Natur der Sache und ist von Windscheid[2] mit Recht zurückgewiesen. Das preufs. allgem. Landr. erkennt die Pertinenzfähigkeit gegenüber den beweglichen Sachen ausdrücklich an (I. tit. II. § 102). Allerdings läfst sich bei Mobilien die Pertinenzqualität schwieriger bestimmen, und ist hier die Entscheidung mehr als bei Immobilien nur in der bestimmtesten Anlehnung an die Verkehrsanschauung zu treffen.

---

lichen Gebrauche gewidmete Sachen" „nur wegen einer dringenden Noth" veräufsert werden. Ferner können Staat und geistliche Oberen „dergleichen Veräufserungen überflüssiger Kirchengeräthschaften auch wegen eines für die Kirchengesellschaften zu hoffenden sichern und überwiegenden Nutzens zulassen." Auch nach dem Gesetz vom 20. Juni 1875, § 21 N. 2 und § 50 N. 2 ist die Möglichkeit der Veräufserung von *res sacrae* gegeben.

[1] Pand. I. § 81 Not. 4.

[2] Pand. § 143. Vergl. ferner Wächter, Handb. II. 257. Behaghel, bad. bürgerl. Recht, I. 306.

Das römische Recht hat keine begriffliche Formulirung und auch keine allgemein gültige Bestimmungen über die Zubehörungen gegeben, vielmehr ist man darauf angewiesen, aus einer gröfseren Anzahl von Einzelentscheidungen den Begriff zu construiren. Das französisch-badische Recht ist in seinen Bestimmungen über Zubehörden, welche ganz in den eigenartigen Normen über bewegliche und unbewegliche Sachen aufgehen (Art. 517 ff.), durchaus casuistisch, und nicht erschöpfend. Noch subtiler ist in dieser Beziehung das preufs. allgem. Landr. (I. tit. II. § 48 — 103), doch stellt dies, wie das ebenfalls casuistische Sächs. bürgerl. Gesetzbuch,[1] eine Definition an die Spitze (§ 42): „Eine Sache, welche zwar für sich selbst bestehen kann, die aber mit einer andern Sache in eine fortwährende Verbindung gesetzt worden, wird ein Zubehör oder Pertinenzstück derselben genannt."

Wir erachten folgende Definition für richtig: Pertinenzen sind solche Sachen, welche in Wirklichkeit selbständig, und nicht Theile einer anderen Sache sind, nichtsdestoweniger aber wegen ihrer räumlichen oder zwecklichen Verbindung mit jener Sache nach der Verkehrsanschauung als Theile derselben angesehen werden und mithin rechtlich mit derselben ein Ganzes ausmachen.[2] Die Zubehör ist eine „*quasi pars*" der Hauptsache, und die l. 13 § 31 D. 19, 1 erläutert dies am Haus mit einem „*quae propter aedes*

[1] § 65: „Als Zubehörungen einer Sache werden Sachen angesehen, welche, ohne Bestandtheile derselben zu sein, zu fortdauerndem Gebrauche bei ihr bestimmt und entweder körperlich mit ihr verbunden oder in das zu diesem Gebrauch erforderliche Verhältnifs gebracht sind."

[2] Windscheid (Pand. § 143) will die Pertinenzsache als „in dieser (Haupt-) Sache begriffen" angesehen haben, scheint uns damit aber zu weit zu gehen; zum mindesten ist diese Formulirung irreführend. Der Begriff der zugehörenden Sache geht nach unserer Verkehrsauffassung nicht in demjenigen der Hauptsache auf, eine derartige organische Vereinigung würde den Charakter der *praesumtio* zerstören und denjenigen der *fictio* an deren Stelle setzen — die beiden Sachen führen vielmehr ein integrirendes Dasein und gehen auch in unseren Gedanken nur eine Vereinigung auf dem Wege des Nebeneinander ein, die selbstverständlich wieder gelöst werden kann. Unsere Verkehrsauffassung ist nicht durch die Unterstellung geleitet, dafs die Pertinenzsache in der Hauptsache enthalten sei, sondern dafs diese als eine durch ihre Zweckbestimmung oder locale Beziehung an diese gebundene auch deren Schicksal theilen solle.

habentur.“ Die fortwährende[1] und ausschliefsliche Zweckverbindung ist daher das untrüglichste Criterium für den Pertinenzcharakter einer Sache.

Wenden wir diese Sätze auf die Patene an, so weifs jeder Liturgiekundige, dafs einestheils ein Opferkelch ohne Patene unbrauchbar ist,[2] und dafs anderntheils die Patene nur in einer ausschliefslichen und dauernden Verbindung mit dem Opferkelch, als der Hauptsache, ihren Zweck erfüllen hann. Sie ist demgemäfs, falls sie die Bestimmung hat, einem bestimmten *calix* zu dienen, Pertinenz desselben und theilt dessen rechtliches Schicksal. Da aber, wie zu zeigen sein wird, der Opferkelch vielfach im nichtkirchlichen Eigenthum steht, so ist damit auch die Controverse bezüglich der Patene entschieden, abgesehen davon, dafs eine Patene nicht ausschliefslich einem Kelch zu dienen braucht.

Immerhin ist aber das zugehörende Eigenthum nach dem durch das Gesetz gegebenen Pertinenzbegriff nur ein praesumtives, und es kann sehr wohl der Fall eintreten, dafs eine Patene einen anderen Eigenthümer hat, als der Opferkelch, dem sie dient. So ist es denkbar, dafs selbst die Patene eines im Kircheneigenthum stehenden *calix* einen aufserkirchlichen Eigenthümer hat, ist aber besonders zu erweisen. Dafs vor Allem ein Priester Eigenthümer einer von ihm benutzten Patene ist, kann sehr leicht vorkommen, und dafs auf dem Weg der Erbfolge — dieser Erwerbstitel ist trotz der strengsten Veräufserungsbeschränkungen überall noch zulässig — an derselben sogar ein laicales Eigenthum erworben werden kann, ist selbstredend.

§ 4.

Das Eigenthum der Opferkelche und Altäre.

Wie die Patenen eine Zubehörung des Opferkelches, so ist der Kelch gleich allen gottesdienstlichen Geräthschaften eine Pertinenz

---

[1] Vgl. insbesondere *Code Napoléon art. 1615: „destiné à son usage perpétuel.“* Bad. L. R. art. 1615: „was zu ihrem immerwährenden Gebrauch bestimmt ist.“ Sächs. bürgerl. Gesetzbuch, § 65. So schon das röm. Recht l. 17 § 7 D. 19, 1. Hier nennt Labeo nur diejenigen Sachen Pertinenz, *„quae perpetui usus causa“*, nicht *„quae ad praesens sunt.“*

[2] Allgem. preufs. Landr. I. tit. II. § 46: „Die Nebensache, ohne welche die

des Kirchengebäudes. Eine Pertinenz zu einer Pertinenz ist begrifflich zulässig, und diese Möglichkeit auch im preufs. allgem. Landr. I. tit. II. § 81 und 69 schlufsweis ausgesprochen.

Die Pertinenzqualität der kirchlichen und namentlich der gottesdienstlichen Geräthe steht nach den obigen Ausführungen aufser allem Zweifel. Diese Auffassung findet insbesondere durch die casuistisch gehaltenen Gesetzbücher, speciell in den über die Pertinenzstücke der Gebäude geltenden analogen Bestimmungen des preufs. allgem. Landr. (I. tit. II. § 75 ff. 90, 91, 92, 93, 94, 95, ferner 72, 73) ihre Bestätigung. Wenn selbst „Forstgeräthschaften" „Pertinenzstücke eines Waldes" sind (§ 64), dann darf die Pertinenzqualität der gottesdienstlichen Sachen, insbesondere der Opferkelche, nicht mehr bestritten werden.

Am wenigsten wird wohl die Zubehörungsqualität der Altäre in Zweifel gezogen. Denn wie bereits Windscheid[1] unter Hinweis auf Quellenaussprüche und oberstrichterliche Entscheidungen hervorhebt, ist die körperliche Verbindung allerdings nicht entscheidend, aber doch nicht ohne Bedeutung für die Pertinenzqualität. In dieser Richtung erklärt das Badische L. R. in Uebereinstimmung mit dem Code Napoléon art. 525: „Man vermuthet diese Widmung, „wenn sie mit Speifs, Leim oder Kitt an dem Grundstück so befestigt „sind, dafs sie nicht weggenommen werden können, ohne entweder „sie selbst oder den Theil des Grundstücks, an dem sie befestigt „sind, zu zerbrechen oder zu beschädigen." Vgl. ferner den oben cit. § 65 des Sächs. Gesetzbuchs. Auch die preufsischen Obertribunalserkenntnisse v. 8. November 1864 und 12. März 1858, sowie ein Erkenntnifs des Gerichtshofes zur Entscheidung des Competenzconflicts v. 4. Juli 1863 bezeichnen als zum Kirchengebäude gehörend alles, was mit dem Gebäude niet- und nagelfest verbunden ist, als angebaute Kirchthürme, Haupt- und Seitenaltäre, Orgel, Kanzel, feste Kirchenstühle und Kirchensitze. Mit Rücksicht auf § 43 (I. tit. 2) kann es jedoch zweifelhaft sein, ob in der Regel der Altar nicht sogar ein wirklicher Theil, also mehr als ein

---

Hauptsache zu ihrer Bestimmung nicht gebraucht werden kann, wird, auch ohne ausdrückliche Erklärung, als Zubehör angesehen."

[1] Pand. § 143 N. 7.

Pertinenzstück der Kirche ist,[1] die Structur der Altäre ist hierin gewifs von ausschlaggebender Bedeutung, die Frage übrigens hier von keiner besonderen Wichtigkeit und nach den verschiedenen Gesetzgebungen, die nicht selten einen engeren und einen weiteren Pertinenzbegriff unterscheiden und dem letzteren auch die wirklichen Theile subsummiren, verschieden zu beantworten. In Bayern sind beispielsweise durch oberstrichterliches Erkenntnifs v. 26. Jan. 1872[2] die Altäre, Glocken und Kanzeln als nothwendige und wesentliche Zubehörungen erklärt worden, was die oberstrichterlichen Erkenntnisse v. 11. Mai und 17. December 1867 verneint hatten.[3]

Stehen nun, wie sich später ergeben wird, Kirchen und Kapellen auch mitunter im aufserkirchlichen Eigenthum, so bestimmt sich selbstverständlich darnach auch der Charakter ihrer Zubehörden. Aber auch abgesehen davon können Altäre und Kelche, deren Zugehörungseigenthum ja nur ein praesumtives ist, in einem selbstständigen und besonderen weltlichen Eigenthum stehen.

Wir legen an dieser Stelle keinen Werth darauf, dafs es Altarstiftungen giebt, welche nicht selten selbst Eigenthümer der Altäre sind.

---

[1] In der *ep. Abbonis abbat. Floriac. ad reges Hugon. et Robert. (Mansi 20, 891)* heifst es: *„Est etiam alius error gravissimus, quo fertur altare esse episcopi et ecclesiam alterius cuiuslibet domini, cum ex domo consecrata et altari unum quoddam fiat, quod dicitur ecclesia.“* Wenn man auch nach der damaligen Auffassung unter *ecclesia* die Kirche mit ihren Vermögensrechten (die Temporalien) und im Gegensatz hierzu unter *altare* den Altar mit seinen geistigen Rechten (die Spiritualien) verstand, so ist diese Stelle doch auch relevant für die Pertinenzfrage. Vgl. ferner die angeführten Erkenntnisse und das Schreiben des preufs. Justizministers vom 8. Febr. 1833 (Erläuterungen zu § 772): „Die unbeweglich mit einer Kirche verbundenen Altäre sind Theile der Kirche.“ Ferner Gitzler, Lehrb. 398: „Wesentliche Bestandtheile eines Kirchengebäudes sind: der Altar, die Kanzel, die Sacristei, die Orgel, wohl auch die Thürme, Glocken, Kirchstühle, der Taufstein, der Beichtstuhl.“ Im Widerspruch hiermit rechnet er S. 414 die Orgel zu den „Pertinenzstücken“ der Kirche, und es kann deshalb zweifelhaft werden, ob Gitzler unter den „wesentlichen Bestandtheilen“ den wirklichen oder rechtlichen Theilcharakter verstanden haben will.

[2] Cultusministerialblatt, S. 50.

[3] Finanzministerialblatt 1867, S. 169, und 1868, S. 11.

Bluhme scheint unserer Ansicht zu widersprechen,[1] wir können aber beispielsweise darauf hinweisen, dafs der „Altar der heiligen Jungfrau in der Pfarrkirche in Tübingen“ Eigenthümer von Grundstücken und Renten ist.[2]

Wir legen aber hierauf keinen besonderen Werth, weil der Rechtsträger solcher Altarstiftungen in der Regel der kirchliche Wille, das Eigenthum des Altares also ein kirchliches ist. Immerhin aber verdient es Beachtung, dafs schon Suarez[3] bezüglich der Altäre erklärte: *„manere possunt sub hominis dominio,“* mit der selbstverständlichen Beschränkung: *„dominium illud valde restringatur . . . ad solum usum sacrum.“* Es ist also kein rechtliches Hindernifs, dafs ich Eigenthümer eines aus meinen Mitteln erbauten Altares bleibe. Die tragbaren Altäre ferner sind in der Regel keine Pertinenzen des Kirchengebäudes[4] und stehen daher noch öfter im Eigenthum eines Einzelnen, z. B. demjenigen des Bischofs.

---

[1] Lehrb. 177: „Dafs die einzelnen Kapellen und Altäre innerhalb des Kirchengebäudes dadurch, dafs sie ihre besondere *dos* erhalten konnten, auch zu besonderen Persönlichkeiten erhoben wurden, ist zu verneinen.“ Diese Stelle ist übrigens nicht ganz klar. Allerdings wurden die Altäre und Seitenkapellen weder dadurch, dafs sie eine *dos* erhalten konnten, noch dadurch, dafs sie eine solche wirklich erhielten, „juristische Personen.“ Wie dies geschieht, ist früher dargelegt worden. Derartige Altarstiftungen bezwecken die bauliche Instandhaltung des Altares und geben die Mittel, dafs zu gewissen Zeiten an diesem Altar das heil. Mefsopfer gefeiert werden kann. Dadurch wird aber nicht der steinerne Altar Träger des ausgeworfenen Vermögens, sondern Rechtssubject ist und bleibt der erstarrte kirchliche Sonderwille, der mit dem Empfang der Mittel den Willen des Stifters aufnahm und dadurch, dafs er die Stiftung errichtete, auch Träger derselben ward. Uebrigens hat es die Kirche in der Hand, in ihrem localisirten und specialisirten Willen selbst Rechtssubject zu werden, oder, falls z. B. die Vermögensfrage ungenügend gelöst ist, dem Stifterwillen die Rechtsträgerschaft zu überlassen. Wenn c. 33 C. 16, q. 7 bezüglich des *„monasterium vel oratorium canonice constructum“* verordnete: *„a dominio constructoris eo invito non auferatur“*, so wird man die Möglichkeit der aufserkirchlichen Rechtsträgerschaft einer Altar- oder Kapellenstiftung principiell nicht bestreiten können.

[2] Vgl. die Beiträge zur Geschichte der Universität Tübingen I. aus dem Jahre 1519 v. R. Roth, Beilage zum philol. Doctorverzeichnifs v. J. 1866—67. S. 41. Vgl. auch v. Poschinger, 232 ff., insbesondere S. 233 N. 3.

[3] *Defens. fid. cath. IV. c. 19 n. 8.*

[4] Deshalb sind wir auch geneigt, mit Silbernagl (Lehrb. 579) anzunehmen

Auch bezüglich der Kelche weist Brinz[1] mit Recht auf die Thatsache hin, dafs diese nicht selten im Privateigenthum eines Priesters stehen. In dieser Richtung, ja sogar im Sinn eines laicalen Eigenthums, sprachen sich schon Suarez,[2] Bökhn[3] und Kreittmayr[4] mit aller Bestimmtheit aus; ersterer beruft sich dabei auf *„usus et experientia,“*[5] was im Munde eines Suarez, der hierin eine reichliche Erfahrung haben konnte, gewifs bedeutungsvoll ist. Bökhn findet es ganz selbstverständlich, dafs: *„si laicus calicem suis sumptibus comparatum consecrari faciat, utique non ideo dominium amittit.“*[6]

2. Die *res benedictae* mit Ausnahme der Kirchhöfe.

§ 5.

Im Besonderen das Eigenthum an Glocken.

Die liturgischen Kleider, Altartücher, Kelchvelum, Palla, Purificatorium, Corporale und die sonstigen gottesdienstlichen Geräthschaften kommen als Pertinenzen der consecrirten Kelche, Altäre oder Kirchen in Betracht und theilen deren rechtliches Schicksal. Darüber brauchen wir kein Wort mehr zu verlieren. Auch die

---

dafs die Pollution einer Kirche im Allgemeinen nicht diejenige der Tragaltäre zur Folge hat, selbst wenn diese in derselben aufbewahrt sein sollten.

[1] Pand. 1048.

[2] l. c. n. 5: *„Multae privatae personae possident tamquam proprias res consecratas, ut vestimenta sacra et calices.“* Nr. 8: *„Negare non possumus, huiusmodi res sacras esse sub dominio privatorum fidelium.“*

[3] *Comment. in ius canon.* II. tit. 10 § 2 N. 55: *„Immo et laici, qui equidem exclusi sunt ab habendis iuribus ecclesiasticis eligendi, decimandi et similibus, possunt tamen dominium quoddam habere rei alicuius sacrae, verbi gratia, calicis.“*

[4] Anm. z. bayr. L. R. Th. II. c. 1 § 2 N. 2: „Und sind (die *res sarae*) nicht einmal von *dominio privato et singulorum* gänzlich ausgeschlossen, wie die tägliche Erfahrenheit an Kelchen . . . und andern geweihten Sachen, die sich *in oratoriis vel manibus privatis* befinden, mit sich bringt.“

[5] l. c. n. 5. Vergl. auch Kreittmayr (Note 4).

[6] l. c. N. 55.

nicht benedicirten gottesdienstlichen Geräthe: Leuchter, Rauchfafs und Schiffchen, Mefskännchen, Weihwasserkessel, Kanzel, Beicht- und Kirchenstühle,[1] Orgeln, Himmel und Fahnen sind Zubehörung der Kirche und hier nicht weiter zu behandeln. Praktisches Interesse bieten nur die besonders feierlich benedicirten Glocken.

Dafs die Glocken Pertinenzen des Thurmes und damit der Kirche sind, unterliegt keinem Zweifel.[2] Am meisten drängt zu dieser Annahme das preufs. A. L. R. I. tit. 3 § 80: „Es wird vermuthet, dafs eine bewegliche Sache zum Pertinenzstücke eines Gebäudes bestimmt sey, wenn dieselbe eingegraben, eingemauert oder durch Zimmerarbeit damit verbunden ist.“ Vgl. ferner den Code Napoléon und das gleichlautende bad. Landrecht, Art. 524 Abs. 2, 525 u. 553, ferner für das französische Rechtsgebiet das von Köhler[3] erwähnte richterliche und oberstrichterliche Urtheil vom 16. Dcbr. 1880 resp. 14. Juli 1881. Auch nach den preufsischen Obertribunalserkenntnissen v. 12. März 1858, 5. Febr. 1861 und 8. Novbr. 1864 ist der Pertinenzcharakter der Glocken gewifs, es gelten also hier die oben gezogenen Consequenzen. Darnach bestimmt das preufs. A. L. R. II. tit. 11 § 191, dafs „das bei einer Kirche befindliche Geläute in der Regel“ als Eigenthum der „Kirchengesellschaft“, als des praesumtiven Eigenthümers des Kirchengebäudes, anzusehen ist. Steht die Kirche im aufserkirchlichen Eigenthum — und das war und ist noch oft der Fall — dann ist auch das Eigenthum der Glocken ein nichtkirchliches. Es ist aber hierbei stets festzuhalten und kann nicht genug betont werden, dafs für die Pertinenz

---

[1] Die Kirchenstühle sind, wenn auch nicht besonders benedicirt, so doch mit den anderen gottesdienstlichen Geräthen Pertinenzen der geweihten Kirche. Auf die Eigenthumsfrage derselben hier noch besonders einzugehen, ist deshalb nicht nöthig, weil sie dieselbe ist wie bei den Familienbegräbnissen und deshalb in der später zu entwickelnden Lehre derselben enthalten sein wird.

[2] Eine churpfälzische Verordnung vom 21. Novbr. 1705 besagt dies ausdrücklich: „Wir wollen auch gnädigst, dafs die Glocken und Kirchhöfe von den Kirchen dependiren.“ Unserer Ansicht sind insbesondere: Hoffmann, Versuch einer Darstellung des in den Sächs. Herzogthümern geltenden Kirchenrechts, S. 236; Mejer, Lehrb. des deutschen Kirchenrechts III. 414 f.; Gitzler, Lehrb. 398, 415; Büff, Churhess. Kirchenrecht, 761; Gräff, Eigenthum an Kirchhöfen, 12 Anm. u. 105.

[3] Zeitschr. f. Kirchenrecht, 1883, S. 76 u. 81.

und folgeweise das darauf gegründete Eigenthum immer nur die Vermuthung spricht, der Gegenbeweis also zulässig ist.

Dieser Gegenbeweis wird aber nicht schon durch die Thatsache erbracht, dafs die Anschaffung der Glocken durch fremdes Vermögen erfolgte. In dieser Hinsicht ist ein Glockenprocefs[1] von Interesse, den die Civilgemeinde Stein-Bockenheim (Kreis Alzei) vor einigen Jahren bei einem grofsen Religionswechsel gegen die evang. Kirchengemeinde anstrengte, in welchem sie ihren Eigenthumsanspruch unter Anderem darauf gründete, dafs „die beiden Glocken . . . auf Kosten der Civilgemeinde im Jahre 1868 umgegossen wurden.“ Aber sowohl der Entscheid des Kreisausschusses für den Kreis Alzei v. 16. Juli 1877, wie das Urtheil des grofsh. Landgerichtes für die Provinz Rheinhessen, II. Civilk. v. 16. Decbr. 1880, hielten diese Begründung für unzureichend und wiesen die Klägerin mit der Klage ab. Der Kirchenvorstand hatte allerdings, wie der erwähnte Kreisausschufsbescheid auf Grund der „vorgelegten Kreisamtsacten“ erklärte, die Vorsicht gebraucht, „laut Erklärung v. 17. Aug. 1868 das ausschliefsliche Eigenthum der evangelischen Gemeinde sowohl an den alten als an den neuen Glocken in Anspruch“ zu nehmen, und der Ortsvorstand hatte „laut Protokoll v. 14. Septbr. 1868 das ausschliefsliche Eigenthumsrecht der evangelischen Gemeinde an . . Thurm, Uhr und Glocken . . . ausdrücklich und unumwunden anerkannt;“ aber auch in anderen Fällen steht die Sache für die Kirche verhältnifsmäfsig recht günstig. Die Praesumtion, dafs die Glocken mit der Hauptsache (Kirchthurm, Kirche) denselben Eigenthümer haben, mufs durch den strictesten Gegenbeweis gebrochen werden: es ist also darzuthun, dafs das Eigenthum an ihnen vorbehalten wurde, es genügt nicht der Nachweis, dafs der Kircheneigenthümer das Eigenthum an ihnen nicht ausdrücklich mit beansprucht hatte. Diese Auffassung zeigt auch das oben citirte landgerichtliche Urtheil vom 16. December 1880: „Es hätte einer ausdrücklichen Vereinbarung bedurft, wenn die Ge-„meinde sich Eigenthumsrechte vorbehalten wollte an Objecten, „die infolge ihrer Bestimmung Theile des Kirchthurmes werden und

[1] Vgl. die Details bei Köhler, „Eigenthum an evang. Kirchengebäuden und deren Dependenzen“, in der Zeitschr. für Kirchenrecht, 1883, S. 54 ff.

„nach dem Grundsatz: *accessorium sequitur naturam principalis,* „Eigenthum der Kirchengemeinde werden müfste.“ [1] Ein solcher Vorbehalt wurde z. B. bezüglich der »Rathsglocke« in der Pfarrkirche zu Kamberg (Nassau) gemacht, worüber wir in dem ungedruckten Gemeindebuch (*liber communitatis Cambergensis,* angelegt 1760) folgende Urkunde fanden: „Damit ein ehrsames Gericht allhier ohne „Bedenken die sog. Rathsglocke in dem hiesigen Glockenthurm der „Pfarrkirche aufhenken lassen könne, um das Geläut zu verstärken, „so bekenne ich Endesunterschriebener, dafs die Pfarrkirche zu be„sagter Glock gar kein Recht habe und dieselbe nach Willkür eines „ehrsamens Gerichts wieder weggethan werden könne, ohne dafs „sich jemand deswegen zu widersetzen Fug und Recht habe. „Kamberg 25. August 1780. Kaspar Schmid, Pastor und Land„dechant.“ Wir stimmen daher dem Erlafs des bischöfl. Officialats zu Trier v. 11. Febr. 1853 vollständig bei, wenn dieser in Erklärung des geltenden Rechtes, auch der am linken preufsischen Rheinufer geltenden französischen Gesetzgebung, die Praesumtion erwähnt: „Die kirchlich benedicirten Glocken sind ausschliefsliches Eigenthum der betreffenden Kirchen, selbst in dem Falle, wo dieselben durch die Civilgemeinde beschafft worden sind.“

Noch weniger läfst sich ein selbständiges, besonderes Eigenthum oder Miteigenthum an den Glocken durch ein zustehendes Benutzungsrecht darthun. Ist der Schlufs vom *usus* auf das *dominium* überhaupt verkehrt, so ist er hier um so weniger zulässig, als die den andersgläubig-kirchlichen oder auch den nichtkirchlichen Verbänden eingeräumte Mitbenutzung in ihrer Begründung seltener, wie z. B. nach dem preufs. A. L. R. II. tit. 11 § 192, auf „Verträge oder hergebrachte Observanz“, und öfter auf einen hoheitsrechtlichen, nicht dominialen Act des Staates zurückführt. [2] Der hiermit ge-

---

[1] Zeitschr. f. Kirchenrecht, 1883, S. 76 (Köhler).

[2] Vgl. das preufs. Gesetz v. 14. März 1880 § 4 und in Verbindung hiermit die Vollzugsverordnung des preufs. Oberpräsidenten der Rheinprovinz v. Juli 1881. Ueber den Gebrauch der Kirchenglocken in Bayern vergl. Silbernagl, „Verfassung und Verwaltung sämmtlicher Religionsgenossenschaften in Bayern“, S. 231 f. Für Elsafs-Lothringen vgl. Dursy, Staatskirchenrecht, 309, und für Oesterreich, Archiv Bd. 32, S. 445 ff. — Der sacrale Gebrauch der Glocken

gebene *usus profanus* der benedicirten Kirchenglocken ist so staatlich wie kirchlich für gewisse Fälle als zulässig erklärt, auf diese aber auch zu beschränken.[1]

Können somit schon die Glocken als Zubehörung der Kirchen mit diesen, wie sich später zeigen wird, in einem nichtkirchlichen Eigenthum stehen, so ist wiederum daran zu erinnern, dafs nicht blofs im Gebiete des preufs. A. L. R. (I. tit. 11 § 191), sondern in allen Rechtsgebieten das Pertinenzeigenthum nur praesumtiver Natur ist. Der Gegenbeweis, dafs eine Glocke auch in einer im kirchlichen Eigenthum stehenden Kirche einen weltlichen Eigenthümer habe, bleibt somit stets zulässig, und damit ist die Möglichkeit eines besonderen und selbständigen, nichtkirchlichen Eigenthums von selbst gegeben, wie wir es oben bezüglich Kambergs erwiesen haben. Diese Auffassung findet selbst durch das canonische Recht ihre directe Bestätigung. Beim Papst Johannes XXII. wurde darüber Beschwerde geführt, dafs das viele und starke Geläute einzelner Bettelorden in hohem Grade störe. Infolgedessen verfügte der Papst, dafs die besagten Orden *„sine sedis apostolicae licentia speciali“* nirgends mehr als eine Glocke benutzen sollten. Dann fährt das *c. un. Extrav. comm. I, 5,* welches über diesen Vorfall berichtet und die Entscheidung des Papstes enthält, in folgender Weise fort: *„Quod si forsan communitas seu universitas „aliqua ecclesiastica vel mundana, seu iidem religiosi pro illis in „aliquo ipsorum locorum campanam aliam habuerint, vel nunc „habent: non illam, sed aliam solam, eorum specialiter usibus deputatam, pulsare valeant horis diurnis et nocturnis, missis et aliis „consuetis.“* Hieraus ergiebt sich einestheils die interessante Thatsache, dafs die Klöster nicht selten eine besondere Glocke für profane Zwecke zur Verfügung stellten. Andererntheils geht aus der angezogenen Stelle mit aller Bestimmtheit hervor, dafs nicht blofs

---

wird von der Glosse zu c. un. *Extr. comm. I. 5* in folgendem Verse angegeben:

„Laudo Deum verum, plebem voco, congrego clerum,
„Defunctos ploro, pestem fugo, festa decoro.“

[1] Man vergl. insbesondere den oben erwähnten Officialatserlafs (Vering, Lehrb. des K. R. 1881, S. 774 N. 2), sowie das preufs. Gesetz vom 14. März 1880, § 4.

kirchliche, sondern auch weltliche Verbände Eigenthümer von Kirchenglocken sein können und thatsächlich waren. Keine der heutigen Civilgesetzgebungen ferner erklärt das separate Glockeneigenthum für unzulässig, wie auch kein diesbezügliches kirchliches Verbot zu entdecken ist. Selbst der oben erwähnte Officialatserlafs, welcher die Pertinenzqualität der Glocken so scharf betont, verbietet in Erklärung der »canonischen Rechtsprincipien« und der Civilgesetzgebung nur, dafs »unbenedicirte Glocken« — nicht aber auch solche, deren Eigenthum vorbehalten wurde — „in die Thürme katholischer Kirchen aufgehängt werden."

Zum Schlufs wollen wir noch kurz der Glockenprocesse gedenken, die zum grofsen Theil durch eine falsche Kircheneigenthumstheorie veranlafst wurden, besonders im französischen Rechtsgebiet, wo man nur zu oft aus einem angeblich communalen Eigenthum ein magistratisches Verfügungsrecht herleitete. Hier darf nun vor Allem auf den auch vom österreichischen obersten Gerichtshof im J. 1873 vertheidigten Grundsatz verwiesen werden: Durch die Widmung der Glocken zu Kirchenzwecken haben die Gemeinden selbst dann, wenn ihnen das Eigenthumsrecht auf dieselben zustand, ihr Verfügungsrecht einer Beschränkung unterworfen, indem die Verfügung über die zu Kirchenzwecken gewidmeten Gegenstände nur der Kirche, resp. der kirchlichen Behörde zustehen kann.[1] Insbesondere wäre die magistratische Anordnung des Kirchengeläutes bei der Beerdigung eines mit der *excommunicatio* Verstorbenen ein ungesetzliches Vorgehen und gröbliches Unrecht; das doch ausdrücklich garantirte kirchliche Verfügungsrecht würde hierdurch nicht nur negirt, sondern geradezu verhöhnt. Deshalb hat denn auch das auf der Communaleigenthumstheorie stehende französische Staatsrathsgutachten v. 17. Juni 1840[2] den Satz aufgestellt:

1. „dafs die Glocken hauptsächlich für die Feierlichkeiten „der katholischen Religion bestimmt sind und deren Ver„wendung für Nichtkatholiken oder bei Beerdigung von Per„sonen, welchen die Fürbitte der Kirche auf Grund der cano-

---

[1] Mitgetheilt in der Consistorial-Currende der Diöcese St. Pölten, 1874, Nr. 5 und im Archiv 32, S. 445.

[2] Mitgetheilt bei Dursy, das Staatskirchenrecht in Elsafs-Lothringen, 308 f.

„nischen Bestimmungen versagt worden ist, nicht verlangt werden „kann;

2. „dafs der Schlüssel von Kirchthurm und Kirche beim „Pfarrer aufzubewahren, und der Bürgermeister nicht zur Führung „eines zweiten Schlüssels berechtigt ist.“

Das Correlat der kirchlichen Zweckbestimmung ist das kirchliche Verfügungsrecht, oder glaubt man etwa, dafs die fiscalischen Kirchen, wie wir sie in Deutschland so zahlreich haben, von der kirchlichen Jurisdiction eximirt sind? Kirchliches und weltliches Recht sind hier einig. Wenn nun aber gar ein kirchliches Thurm- und Glockeneigenthum erweisbar ist, dann fehlt für eine communale oder staatliche Dispositionsbefugnifs erst recht aller Grund. Ein solches durch Noth- oder Zweckmäfsigkeitsverhältnisse motivirte Recht, Thurm- oder Glocken zu besonderen nicht kirchlichen Zwecken zu benutzen, kann sich nur auf die *in concreto* gegebene Erlaubnifs des Eigenthümers resp. der Kirchenbehörde oder auf ein observanzmäfsiges oder specialgesetzliches Privileg gründen. In dieser Beziehung ist das oben angezogene französische Staatsrathsgutachten wiederum sehr interessant. Im Gegensatz zum Staatsrathsgutachten v. 21. Juli 1835 [1] bestimmt dasselbe:

„dafs das in den verschiedenen Gemeinden bezüglich des Ge„brauchs der Kirchenglocken bestehende Herkommen aufrecht zu „erhalten ist, sofern es dem Bedürfnifs entspricht und nicht zu „bedenklichen Mifsständen führt;

„dafs der Bürgermeister sich in dieser Beziehung mit dem „Pfarrer zu verständigen hat, und Schwierigkeiten vor den Präfecten „und den Bischof zur Entscheidung gebracht werden sollen, . . . „dafs im Fall einer allgemeinen Gefahr, welche schleunige Ab„hülfe erheischt, oder wo sonst Gesetze oder Verwaltungs„bestimmungen die Anwendung der Glocken anordnen, der „Pfarrer dem Ansuchen des Bürgermeisters entsprechen

---

[1] Dursy I. 307: „Für das aufser dem Gottesdienst begehrte Glockengeläute ist die Erlaubnifs der Ortspolizeibehörde nöthig und daraus folgt, dafs diese Behörde das Läuten in eigener Zuständigkeit und Initiative anordnen kann. Die Civilbehörde ist bei Benutzung der Glocken zu Civilzwecken unabhängig von der kirchlichen Behörde.“

„mufs, andernfalls der letztere berechtigt ist, aus eigener Macht-„vollkommenheit das Geläute anzuordnen.“

Die hier niedergelegten Grundsätze markiren den richtigen Standpunkt,[1] zu dem man sich auch bekennen mufs, wenn man, wie das erwähnte Staatsrathsgutachten, von der Communaleigenthumstheorie ausgeht.

3. Das Eigenthum an Kirchhöfen.

§ 6.

a. Der Eigenthümer des *locus religiosus.*

Wie wir früher ausführten, wurde nach der römisch-heidnischen Auffassung durch das *factum illationis* der *locus* ein *locus religiosus,* wie die *consecratio-dedicatio* das *sacrum* bedingt. Infolge der letzteren ward der Gegenstand der Aufenthaltsort und damit das Eigenthum des leibhaftig innewohnenden Gottes; so wurde auch durch die *illatio cadaveris* das Grab die ewige Ruhestätte und das Eigenthum des Verstorbenen. C. 4 C. 9, 19 nennt die Gräber „*domos defunctorum*“ und begreift die Zerstörung derselben als „*sepultorum spoliatio*“. Mommsen sagt treffend: „Der Geist des Verstorbenen tritt zu den übrigen guten Geistern hinzu, und seine vermögensrechtliche Mitgift ist das Grab.“[2]

Brinz fafst in folgerichtiger Ausdehnung seiner Zweckvermögenstheorie nicht den Todten als Eigenthümer seines Grabes auf; dieser ist ihm „nicht mehr Subject, wohl aber Object oder Zweck dieses Eigenthumes.“[3] Diese Theorie ist aber bereits oben in ihrer Allgemeinheit zurückgewiesen worden und mufs auch hier des Besonderen als unrichtig bezeichnet werden. Nicht ganz consequent spricht Brinz von einem »Eigenthum« des Grabes. Wer ist nun

[1] Vgl. auch das Circular v. J. 1859 (Dursy I. 310): „Wenn auch die Glocken wesentlich zu gottesdienstlichen Zwecken bestimmt sind, so kann doch der Bürgermeister nach vorherigem Benehmen mit dem Pfarrer dieselben zu Civilzwecken verwenden, ebenso auch im Fall einer allgemeinen Gefahr (z. B. bei Feuersbrunst) und in den Fällen, in welchen Gesetz oder Verordnung es vorschreiben.“

[2] II. 58. — [3] Pand. 1043.

aber der Eigenthümer? Da es der Todte nicht sein soll, mufs anderweitig ein Eigenthumssubject gesucht und gefunden werden. Das soll aber wiederum nicht stattfinden können. Denn „wie jedes Zweckvermögen mufs auch dieses zuvor jedes anderen Eigenthümers entledigt sein.“ [1] Wenn wir aber auch die von Brinz übersehenen Consequenzen ziehen, so darf doch nur in dem Sinne von einem Zweckvermögen gesprochen werden, wie auch mein Vermögen, weil es den von mir gewollten, vielleicht ganz fremdartigen Zwecken dient, Zweckvermögen genannt werden kann. Das ist dann aber wiederum kein Zweckvermögen im Brinz'schen Sinn mehr, und so bleibt die Eigenthumsfrage ungelöst.

Wir haben bereits Bd. I. S. 167 auf die engen verwandtschaftlichen Beziehungen des *religiosum* und des *sacrum* hingewiesen und dargethan, dafs sich das erstere von dem letzteren nur durch das Criterium der Mittelbarkeit unterscheidet: Der religiöse Charakter, d. h. die Beziehung zur Gottheit bei der *res sacra* ist mit der consecrirten Sache direct, der religiöse Charakter des Grabmals nur mittelbar durch die beigesetzte Leiche gegeben. Auch die Eigenthumsfrage ist bei beiden in wesentlich übereinstimmender Weise gelöst: *sacrae sunt, quae Dis Superis consecratae sunt; religiosae quae Diis Manibus relictae sunt.*“ [2] Wie die Götter Eigenthümer der *res sacrae* waren, so galten die Manen, d. h. die Seelen der Verstorbenen, als Eigenthümer ihrer Gräber: die Götter hatten, wie wir bewiesen zu haben glauben, Rechtspersönlichkeit; dafs auch die Manen dieses Charakters nicht ermangelten, geht aus l. 1 D. 11. 7 hervor: „*Qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede.*“ Der Eigenthumserwerbstitel ist dort die *consecratio-dedicatio*, beim *religiosum* die *illatio*.

Von hier aus begreifen sich auch die im 7. Titel des 11. Buches der Digesten enthaltenen, die civilrechtlichen Voraussetzungen des *religiosum* normirenden Bestimmungen. Vor allem ist in dieser Hinsicht folgende Bestimmung der l. 4 zu erwähnen: „ . . . *tunc locus fit religiosus, quum defuncti fuit; naturaliter enim videtur ad mortuum pertinere locus, in quem infertur.*“ [3] Nur unter

---

[1] a. a. O. — [2] Gaius, II. 4.

[3] Daher heifst es auch in § 9 J. 2, 1: *Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum.*“

dem Gesichtspunkt, dafs mit dem Religiositätscharakter ein Eigenthumsrecht des Beigesetzten gegeben ist, sind die vor der *illatio* bestehenden Eigenthumsverhältnisse des Grabes von mafsgebender Bedeutung. Vgl. auch Gaius, II. § 6 und 9. Nur von hier aus erklärt es sich auch, dafs nicht jede *illatio* den Charakter des *religiosum*, also ein Eigenthumsrecht, verleiht. So bestimmt l. 2 § 1 D. h. t. mit Bezugnahme auf ein in § 2 angeführtes prätorisches Edict: „*Qui mortuum in locum alienum intulit, vel inferre curavit, tenebitur in factum actione.*" Ob wir unter dieser *actio* eine Nullitäts- oder eine blofse Rescissionsklage oder gar nur eine Entschädigungsklage zu verstehen haben, braucht hier nicht untersucht zu werden.[1] Wichtiger ist, dafs nach der Darstellung der Quellen durch eine solche rechtswidrige *illatio* nicht der *bonae fidei possessor*, sondern nur der Eigenthümer als verletzt gilt,[2] ja dafs sogar die durch den Usufructuar[3] oder die *invito socio*[4] bewirkte Beisetzung den *locus* nicht zum *locus religiosus* macht. Es ist ferner in hohem Grade bezeichnend, dafs Ulpian es sogar für nöthig findet, folgende Behauptung nicht blofs zu formuliren, sondern sogar des Näheren zu begründen: „*Scriptus heres, priusquam hereditatem adeat, patrem familias mortuum inferendo locum facit religiosum.*"[5]

Die römisch-heidnische Auffassung nimmt also ein Eigenthum des Todten an seinem Grabe an: der Religiositätscharakter schliefst

---

[1] Wir halten sie mit Rücksicht auf die über die *illatio fructuarii* getroffenen ganz gleichlautenden Bestimmungen (vgl. unten Note 3) für eine Nichtigkeitsklage, die aber insofern mit der Entschädigungsklage verwandt ist, als die Nichtigkeit durch Zahlung der Werthsumme geheilt wird: *Is qui intulit mortuum in alienum locum, aut tollere id, quod intulit, aut loci pretium praestare cogitur per in factum actionem*" (Gaius in l. 7 D. 11, 7).

[2] l. 2 § 1: „*Sed hic sermo domino dat actionem, non bonae fidei possessori; nam quum dicat in locum alterius, apparet de domino eum sentire, id est, cuius locus est.*"

[3] l. 2 § 1 . . . *et fructuarius inferendo tenebitur domino proprietatis.*" l. 2 § 7: *Si usumfructum quis habet, religiosum locum non facit.*

[4] § 9 J. 2, 1. Ulpian läfst es als eine Controverse erscheinen (l. 2 § 1 D. 11, 7): „*An et socius teneatur, si ignorante socio intulerit, tractari potest.*" Er entscheidet sich in folgender Weise: „*Est tamen verius, familiae erciscundae, vel communi dividundo conveniri eum posse.*"

[5] l. 4 D. h. t.

ein fremdes Eigenthum aus, und nur der Eigenthümer eines *fundus* kann den Charakter des *religiosum* begründen. Hierin hat auch die totale Extracommercialität der *loca religiosa* im heidnisch-römischen Recht ihre tiefste Begründung: sie sind, wie die *res sacrae*, keine Privatrechtsobjecte und dem irdischen Rechtsverkehr völlig entzogen.

Jm Justinianeischen Rechte erscheint die Auffassung vom Divinaleigenthum der *res sacrae* gebrochen, wenn auch die begriffliche Klärung noch vermifst wird, und die neue Richtung sich erst in praktischen Normirungen Bahn bricht. Die Entwicklungsgeschichte der Grabeigenthumsrechte ist eine noch langsamere und unsichere, und die gröfsere Stabilität der Auffassung war hier wesentlich, um nicht zu sagen, ausschliefslich, durch die humane Pietät gegen den Ruheplatz der Todten und das fast schlechthinige Fehlen eines Bedürfnisses zur Abänderung der totalen Extracommercialität bedingt. Es mufs künftigen Specialuntersuchungen vorbehalten bleiben, die Wege vollständig klar zu legen, in welchen sich die Entwicklung bewegte.

b. Der Eigenthümer der Kirchhöfe.

§ 7.

Die Pertinenzqualität der Kirchhöfe.

Die römische Auffassung vom Grabeseigenthum mufste durch die christliche Auffassung, wenn auch nicht mit einem Schlage, so doch auf die Dauer überwunden werden. Die Sitte, die christlichen Begräbnifsstätten zu benediciren, wird, wie van Espen mittheilt,[1] schon von Gregor von Tours († 594) erwähnt, und es ist nicht ausgeschlossen, dafs die Gräberweihe noch viel älteren Ursprungs ist. Die kirchliche Auffassung von der Bedeutung der Weihe bringt es mit sich, dafs nunmehr der religiöse Charakter der Begräbnifsstätte nicht mehr durch die Beisetzung der Leiche, sondern durch die *benedictio fundi* bedingt erschien; van Espen findet es daher für nöthig, noch besonders zu betonen: *„Apud catholicos locus non efficitur religiosus per ipsam humani corporis inhuma-*

---

[1] *Jus eccl. univers. P. II. tit. 38 c. 2 nr. 20.*

tionem.“ [1] Bestimmt aber die *inhumatio* nicht mehr den Begriff, so lag es nahe, den *inhumatus* auch nicht mehr als Eigenthumsträger des Grabes anzusehen, um so mehr, als nunmehr die Analogie des göttlichen Eigenthums nicht mehr bestand.

Wer ist nun aber Eigenthümer des christlichen Grabes? Zur Beantwortung dieser Frage mufs auf folgende geschichtliche Thatsache hingewiesen werden.

Die Römer kannten keine gemeinsamen Begräbnifsplätze nach Art der unsrigen, wie hier auch ein diesbezüglicher Name fehlt. Wo Cicero [2] die „*civibus communia*“ aufzählt, ist von *sepulcra* keine Rede. Die einzigen gemeinsamen Begräbnifsplätze waren die *polyandria*, d. h. Begräbnifsstätten für Sklaven und Fremde: „*hoc miserae plebi stabat commune sepulcrum.*“ [3] Wenn man aber das „*tristes albis informem spectabant ossibus agrum*“ berücksichtigt, [4] so darf man wohl mit Mooren annehmen, dafs dieselben von unsern Schindangern nicht sehr verschieden waren. [5] Dasselbe ist von den *Puticulae* zu sagen. [6]

Die Gräber der ersten Christen waren in den Katakomben, die so den durch die christliche Liebesreligion besonders nahe gelegten Charakter von Familiengrüften bekamen; später ward diese Aufgabe den Kirchen, und zwar zunächst nur den bischöflichen, [7] und ist es ja heute noch kirchliche Vorschrift, dafs das heilige Opfer über den Gebeinen eines Heiligen dargebracht werde.

Aus dem eben angeführten Concil von Tribur (c. 17) erhellt weiter, dafs es mit der Zeit sogar nöthig wurde, Kirchen ihres

---

[1] l. c. nr. 18. — [2] *De offic. I. 17.*

[3] Horaz, *satir. lib. I. 8 v. 10.*

[4] A. a. O v. 15 sq.

[5] Ueber Eigenthum und Benutzung der Kirchhöfe, 24.

[6] *Varro Ling. Latina, c. 25: „Extra oppida a puteis Puticoli, quod ibi in puteos obruebantur homines, nisi potius, ut Aelius scribit, Puticulae, quod putescebant ibi cadarera projecta, qui locus publicus ultra Exquilias.*“

[7] *Conc. Tribur. a 895 c. 15* (Harzheim, *Conc. Germ. II. p. 396*): „*Sepultura mortuorum apud ecclesiam, ubi sedes est Episcopi, celebretur. Si autem propter itineris longinquitatem vel . . difficultatem impossibile videtur . . . quo canonicorum vel monachorum degit . . . Quod si et hoc difficile aestimetur, ubi decimas persolvebat vicus, ibi sepeliatur mortuus.*“ Dom-, Stifts- und Klosterkirchen wurden vorgezogen wegen des hier täglich abgehaltenen Chorgebets.

gottesdienstlichen Charakters zu entkleiden und sie ganz als Begräbnisplätze zu benutzen: *„Ubi hoc prae multitudine cadaverum sit difficile facere, locus iste Cymeterium seu polyandrium habeatur ablato inde altari.“* Auch das Concil v. Mainz v. J. 803 erwähnt die Beerdigung der *„fideles laici“* in der Kirche.[1] Mit der Zeit stellte sich jedoch die Nothwendigkeit heraus, die Ruhestätte in der Kirche auf besonders hervorragende Personen zu beschränken,[2] und als regelmäßiger Begräbnisort diente nunmehr der Kirchhof, d. h. das um die Kirche herumliegende und bereits bei der Grundsteinlegung des Gotteshauses durch den Bischof bezeichnete *atrium*,[3] ganz oder auch nur zum Theil.[4] Dieser Kirchhof hatte nunmehr eine dreifache Bedeutung:[5] Zuerst soll durch denselben die Kirche möglichst dem Gewühl des täglichen Lebens entzogen werden, er ist gewissermaßen eine Scheidewand gegen das Unheilige; sodann ist er der Ort für gottesdienstliche Verrichtungen, welche in der Kirche kraft kirchlicher Vorschrift oder wegen Mangels an Raum nicht stattfinden können und doch nicht auf die Straße gehören. Zuletzt nimmt er die Leiber der Verstorbenen auf, um sie am jüngsten Tag wieder ans Leben zu geben: so wird er der leibliche Schooß, wie die Kirche der geistige war. Im letzten Sinn heißt der Kirchhof: κοιμητήριον, coemeterium, cimetière.

---

[1] c. 18 C. 13, q. 2.

[2] In der römischen Kirche vollzog sich diese Entwicklung am schnellsten. So heißt es noch in der Lebensbeschreibung des Papstes Marcellus von Anastasius: *„Constituisse in urbe 25 titulos propter baptismum et poenitentiam eorum qui converterentur ex paganis et propter sepulcrum mortuorum.“* Constantin der Große ordnete ebenfalls an, daß sein Leichnam in der Kirche zu den 12 Aposteln beerdigt werde, setzte jedoch hinzu: nicht in der Kirche selbst, sondern auf dem Vorhof, an der Schwelle. Hierauf beziehen sich die Worte des h. Chrisostomus *„Homiliae“* 26 in ep. 2 ad Corinth.: *„Imperatores pro magno habuere, si iuxta Apostolorum saltem vestibula corpora ipsorum sepelirentur, fierentque reges piscatorum ianitores.“* Der Papst Pelagius II. traf im Jahre 580 die Bestimmung: *„ut corpora defunctorum nullo modo intra basilicam sepeliantur, sed si necesse est, foris circa murum basilicae.“* Bereits die Synode von Braga v. J. 561 hatte dieses verordnet.

[3] c. 9 *de consecr. dist. I.*

[4] Vgl. Mooren, 100 und die dort angeführten Worte aus den Xantener Statuten v. J. 1393.

[5] Mooren, 4 ff.; Gräff, 8.

Man sieht, der Kirchhof im alten wahren Sinn ist ein Vorhof der Kirche (daher auch der Name), und diese enge Zusammengehörigkeit hatte früher, wo er noch nicht als Begräbnifsstätte diente, zur Folge, dafs er nicht besonders benedicirt wurde, nichtsdestoweniger aber mit der Kirche für geweiht galt.

Hiernach steht fest: die Kirchhöfe im alten Sinn sind ein Pertinenzstück der Kirche: der Kircheneigenthümer hat das praesumtive Eigenthum des ganzen Kirchhofs wie jedes einzelnen Grabes. Hierin ist die Wissenschaft [1] und Judicatur [2] übereinstimmend. Das canonische Recht hat sich bereits mit aller Bestimmtheit für die Pertinenzqualität des *„coemeterium, si contiguum sit eidem (scl. ecclesiae)* ausgesprochen, indem es durch die Pollution der Kirche auch den Kirchhof für polluirt ansieht und dabei die *ecclesia* als *„principale“*, den Kirchhof aber als *„accessorium“* bezeichnet (c. un. VI°. 3, 21). [3] Ebenso bestimmt eine churpfälzische Verordnung vom 21. November 1705: „Wir wollen auch gnädigst, dafs die Glocken und Kirchhöfe von den Kirchen dependiren.“ Am bestimmtesten wird der Zubehörungscharakter der Kirchhöfe ausgedrückt durch das preufsische A. L. R. (II. tit. 11 § 183), wonach „Kirchhöfe oder

---

[1] Mejer, Lehrb. des deutschen K. R. III. 414 f.; Gräff, das Eigenthum an den Kirchhöfen, 10, 130, 140, 145, 147; Mooren, Ueber Eigenthum und Benutzung der Kirchhöfe, 2, 23, 45, 48; Büff. Churhess. Kirchenrecht, 761, Archiv 33. S. 426, 431; Brinz, Pand. 1050. Anderer Ansicht ist freilich Thudichum, Deutsches Kirchenr. 97 ff.

[2] Vgl. z. B. Buchka u. Budde (Entscheidungen des Grofsherzogl. Mecklenb. Oberappellationsger. zu Rostock) IV. 298 ff. Infolgedessen erging am 15. 10. 77 ein Kammercircular, welches „solche Begräbnifsstätten, welche die Kirchen umgeben, als Pertinenzen derselben anerkennt.“ Böhlau, Mecklenb. Landr. III. 78. Auf diesem Gesichtspunkt beruht auch das Cassationsurtheil des obersten Gerichtshofes in München v. 18. März 1874 (Archiv. 34, S. 426 ff.). Besonders reichliches Material liefern in dieser Hinsicht die zahlreichen Kirchhofsprocesse aus dem französischen Rechtsgebiet. Vgl. beispielsweise die Urtheile der Landgerichte von Aachen (Gräff, das Eigenthum an Kirchhöfen, 94, 95), Coblenz (Gräff, 97), Trier (Gräff, 125) und des rheinischen Appellhofs (Gräff, 92 u. 94).

[3] Vgl. auch c. 17 in VI°. 5, 11. Vgl. auch Harzheim, Conc. German. II. p. 438: *„Investigandum est, si ecclesia* (Mooren übersetzt hier unbegreiflicher Weise „Pfarrstelle“: Eigenthum der Kirchhöfe, 92) *habeat mansum 12 bonnuariorum, praeter cimeterium et cortem, ubi ecclesia et domus presbyteri continetur.“*

Gottesäcker und Begräbnifsplätze, welche zu den einzelnen Kirchen gehören," „der Regel nach" „Eigenthum" des praesumtiven Kircheneigenthümers, d. h. „der Kirchengesellschaften" sind. Die blofs praesumtive Natur tritt dann wieder besonders im § 190 hervor: „Wo der Kirchhof erweislich nicht der Kirchengesellschaft, sondern der Stadt- oder Dorfgemeine gehört."

§ 8.

Das separate Eigenthum der Kirchhöfe.

Mejer und Andere halten den Kirchhof für eine Pertinenz der Kirche, „sollte er auch nicht unmittelbar an der Kirche liegen." [1] Diese Auffassung, von welcher insbesondere auch Phillips ausgeht,[2] ist falsch. Die unter der Mejer'schen Voraussetzung nothwendige Annahme, dafs der Kirchhof Zwecken des Kirchengebäudes und gar mit dem Charakter der Ausschliefslichkeit diene, ist unhaltbar. Die Todtenbestattung ward schon als eine eminent sittliche Aufgabe von den Heiden erfafst und ist ebensowenig eine ausschliefslich christliche oder gar katholische Berufssache,[3] als ein specieller Zusammenhang mit dem Kirchengebäude erweisbar ist. Die Pertinenzqualität eines Kirchhofs gar auf die *benedictio* zu gründen, wie dies weiterhin Gräff versucht,[4] ist völlig widersinnig.

---

[1] Lehrb. 414 f. Ebenfalls Gräff, das Eigenthum an den Kirchhöfen, 11 ff. 22, 58, und Weber, Systemat. Darstellung des im Königreich Sachsen geltenden Kirchenrechts II. 678. Dagegen richtig Krick, Handb. der Verwaltung des Kirchenvermögens, 1880, S. 27. Bauerband im Archiv, 16, S. 453 und v. Poschinger, 331[4].

[2] Lehrb. 3. Aufl. 487: „Die Eigenthumsfrage in Betreff der Kirchhöfe kann an sich keinem Zweifel unterliegen: der Kirche gewidmet, gehören sie der Kirche."

[3] Dies insbesondere gegen Weber, II. 678: „wegen der Verbindung, in welcher die Beerdigung der verstorbenen Gemeindemitglieder mit den gottesdienstlichen und kirchlichen Einrichtungen steht." Auch Hirschel erkennt an: „es liegt in der Natur der Sache, dafs wegen des Interesses aller Bewohner ohne Unterschied des Glaubens in dem Umfange einer Gemeinde die Verstorbenen beerdigt werden müssen; die Sorge hierfür lastet daher auf der Civilcommune und also auch die Anlegung eines Begräbnifsplatzes" (das Eigenthum an den kath. Kirchen, 138).

[4] Das Eigenthum an den Kirchhöfen, 22.

Dafs der Pertinenzcharakter lediglich durch die räumliche Verbindung mit der Kirche gegeben ist, wird sowohl durch seinen Ursprung bewiesen, als insbesondere durch das canonische Recht bestätigt. Der c. un. VI°. 3, 21 erachtet die auf dem Charakter des *„accessorium“* beruhende Mit-Pollution des Kirchhofes nur für vorhanden *„si contiguum sit eidem,“* schliefst sie dagegen aus *(secus) „si remotum fuerit ab eadem.“* Der Pertinenzbegriff ist auch in c. 17 in VI°. 5, 11 in dieser Beschränkung bestimmt: *„Ratione quoque simili, si sit ecclesia interdicto supposita vel subjecta, nec in capella eius celebrari, nec in coemeteriis ipsius eidem ecclesiae contiguis poterit sepeliri; secus si ei contigua non existant.“* Auch das preufs. A. L. R. (II. tit. 11 § 183) läfst seine Praesumtion nur Anwendung finden bei den Kirchhöfen, „welche zu den einzelnen Kirchen gehören,“ und das Mecklenburgische Kammercircular v. 15. Octbr. 1877 begreift nur „solche Begräbnifsstätten, welche die Kirche umgeben (Kirchhöfe)“ unter den Pertinenzen derselben. Demnach kommen wir zu folgendem Resultat:

1. Kirchhöfe, welche den Vorhof einer Kirche bilden, theilen als Pertinenzen deren rechtliches Schicksal und müssen daher, weil diese, wie sich zeigen wird, in einem nichtkirchlichen Eigenthum stehen können, nicht nothwendig einen kirchlichen Eigenthümer haben.

2. Solche Kirchhöfe können wegen des blofs praesumtiven Charakters der Pertinenzqualität auch trotz ihrer räumlichen Verbindung mit der Kirche im separaten Eigenthum stehen, dessen Charakter ebenso gut ein kirchlicher als ein weltlicher sein kann.

3. Kirchhöfe stehen bei räumlicher Trennung von der Kirche stets in einem unabhängigen Eigenthum, dessen kirchliche Natur [1] gerade so gut möglich ist, wie seine weltliche, und auf beide Fälle bewiesen werden mufs. [2]

---

[1] Auch das oben erwähnte Mecklenburgische Kammercircular v. 15. 10. 77 erkennt an, dafs „eine von der Kirche getrennte Begräbnifsstätte“ im „Eigenthum der Kirche“ sein kann. Vgl. Böhlau, Mecklenb. Landr. III. 78.

[2] Hier giebt es keine Vermuthung. Durchaus verfehlt ist vor allem die Auffassung Wächters (Württemb. Privatr. II. 284): Kirchhöfe sind „Gegenstand des Eigenthums, in der Regel der bürgerlichen, in einzelnen

Die Möglichkeit eines weltlichen Eigenthums der Kirchhöfe, insbesondere eines Communaleigenthums, ist in allen Rechtsgebieten vorhanden. Selbst das preufsische A. L. R., das die Präsumtion der Pertinenzqualität (§ 183 in Verbindung mit § 170) und des kirchlichen Eigenthums (§ 183) am bestimmtesten aufstellt, kennt im § 190 den Fall, „wo der Kirchhof erweislich nicht der Kirchengesellschaft, sondern der Stadt- oder Dorfgemeinde gehört." Auch die Motive zum Kirchenvermögensverwaltungsgesetz vom 20. Juni 1875 (Anlage Nr. 16, S. 212 f.) finden es für angezeigt, bezüglich der Kirchhöfe „darauf aufmerksam zu machen, dafs dieselben vielfach im Eigenthum der Commune stehen." [1] Und noch im Januar 1883 hält der Erzbischof von Köln in einem Erlafs es für nöthig, zu unterscheiden zwischen „Orten, wo der Kirchhof Eigenthum der Kirche oder der Kirchengemeinde ist," und den Orten, „wo das Eigenthum der Civilgemeinde gehört." [2] Desgleichen unterscheidet die königliche Cabinetsordre v. 8. Januar 1830 zwischen Kirchhöfen, die den „Kirchengemeinden", und solchen, die den „Communen" gehören, mit dem Bemerken, dafs die Verkaufsgenehmigung nach Schliefsung derselben „rücksichtlich der kirch- „lichen Begräbnifsplätze bei dem Ministerio der geistlichen etc. „Angelegenheiten, rücksichtlich der den Communen zugehörigen „aber bei den Ministerien der geistlichen etc. Angelegenheiten und „des Innern und der Polizei einzuholen ist." [3]

Fällen der kirchlichen Gemeinde." Ebenso irrt Thudichum (deutsches K. R. I. 97 f.) mit den von ihm citirten Schriftstellern. Für das französische Recht wird diese Frage später noch des Besonderen behandelt werden.

[1] Die Commission des Abgeordnetenhauses hatte zu § 4 das Amendement vorgeschlagen: Auf Kirchhöfe findet dieses Gesetz nur dann Anwendung, wenn dieselben sich im kirchlichen Eigenthum befinden." In der 2. Lesung liefs man diesen Zusatz allerdings fallen, aber nur deshalb, weil die Begräbnifsplätze, die im kirchl. Eigenthum stehen, im § 4 bereits inbegriffen seien. — Silbernagl, Lehrb. 582: „Die kirchlichen Bestimmungen können natürlich da nicht zur Anwendung kommen, wo die Friedhöfe nicht mehr im Eigenthume der Kirche stehen und keinen confessionellen Charakter haben, sondern der Civilgemeinde gehören."

[2] Abgedruckt im Archiv, 1883, S. 309 f.

[3] Abgedruckt beispielsweise im Amtsblatt der königl. Regierung zu Aachen 1830, S. 87.

Es spricht also für alle Rechtsgebiete die Vermuthung, dafs die Kirchhöfe im engeren Sinne mit der Kirche denselben Eigenthümer haben. Doch bleibt dies stets nur eine blofse Vermuthung, die also hier entkräftet werden kann, und die für den Fall der räumlichen Trennung von Kirche und Kirchhof (Kirchhof im weiteren Sinne) überhaupt nicht besteht.

Es ist eine wichtige Frage, inwieweit aus der Beschaffung des Terrains auf das Eigenthum der Kirchhofsanlage geschlossen werden kann. Gitzler sagt: „Das Eigenthum von den Begräbnifsplätzen „hat regelmäfsig die Kirchengesellschaft, was unzweifelhaft ist, „wenn die Kirche den Platz dazu hergegeben oder denselben erkauft „hat. Wenn dieses dagegen die Gemeinde gethan hat, so gebührt „dieser das Eigenthumsrecht,“[1] d. h. sowohl bei räumlichem Nebeneinander als Getrenntsein von Kirche und Kirchhof gestattet die Beschaffung der Anlage resp. des Anlagekapitals nicht blofs die Vermuthung, sondern auch die rechtliche Gewifsheit *(fictio iuris et de iure)* des Eigenthums. Auch der Kasseler Consistorialbeschlufs vom 3. Februar 1860 hält den Umstand, dafs der Kirchhof „von der Kirche selbst angelegt wurde,“ für entscheidend für die Bestimmung des Eigenthums.[2]

Allerdings mufs man sagen: Läfst die beschaffende Civilgemeinde keine Uebertragungsabsicht erkennen, so bleibt sie selbstverständlich auch im Eigenthum ihres Grund und Bodens.[3] Stellt dagegen die beschaffende Civilgemeinde ein Grundstück der Kirchengemeinde resp. dem Pfarrer zu Kirchhofszwecken zur Verfügung, so wird es eine einfache Interpretationsfrage sein, ob diese Hingabe zu einem kirchlichen Zweck auch eine Hingabe zu kirchlichem

---

[1] Lehrb. 412.

[2] Büff, Churhess. Kirchenrecht, 765 N. 20.

[3] Auch das Erzbisch. Generalvicariat zu Köln will daher „das Eigenthum der Civilgemeinden an denjenigen Begräbnifsplätzen, welche dieselben in Ausführung des Decrets vom *23. Praivial* XII. auf ihre Kosten erworben und neu angelegt haben, ohne Einrede anerkennen“ (mitgetheilt im Archiv, 9, S. 282 ff.). Das Concil v. Westminster v. J. 1855 nennt ebenfalls die aus Privatmitteln hergestellten *res sacrae,* wenn der eigenthumsveräufsernde Wille des Privaten nicht nachweisbar ist, des letzteren Eigenthum (*Collectio Lacensis III. 982*: *„Si ex proprio peculio . . . haec sibi comparaverit, habenda erunt ut propria“).*

Eigenthum involvirt,[1] welch letzteres als das *maius* im Zweifel zu verneinen ist. Auch wenn wir nicht so sehr von dem Kirchhofsgrundstück als von der Kirchhofsanlage ausgehen, kommen wir zu keinem andern Resultat. Das römische Recht bestimmt allerdings, dafs die auf meinem Grund und Boden gemachte Anlage auch mein Eigenthum ist. Dafs aber eine von mir benutzte oder gemachte Anlage die Vermuthung begründe, dafs auch Grund und Boden in meinem Eigenthume stehe, das besagt keine Gesetzgebung.

Die Auffassung Gitzlers ist aber insbesondere noch deshalb falsch, weil er, was der Kasseler Consistorialbeschlufs nicht thut,[2] einen Unterschied zwischen örtlicher Trennung und räumlichem Nebeneinander von Kirche und Kirchhof nicht macht. Für die Beurtheilung der Eigenthumsverhältnisse neuer Kirchhofsanlagen mag diese Unterscheidung vielfach des praktischen Interesses ermangeln, denn diese pflegen infolge sanitätspolizeilicher Bestimmungen heute insgesammt fern von Stadt und Dorf, und somit meistens in räumlicher Trennung von der Kirche, angelegt zu werden.

Hier kann die Unterscheidung nur noch praktisch werden, wenn die Kirchen selbst aufserhalb des Stadt- oder Dorfrayons liegen. Bei den alten Kirchhöfen aber ist sie immer relevant, und gerade hier gewinnen bei der Aufsergebrauchsetzung[3] die Eigen-

---

[1] Vgl. auch Brinz, Pand. 1049: „Ob sie nun aber blofs dieses oder jenes sei, scheint vielmehr *quaestio facti* oder *iuris* zu sein.“

[2] Dieser unterscheidet folgende drei Fälle, in welchen ein kirchliches Eigenthum der „Todtenhöfe“ praesumirt werden soll: „Wenn sie als eigentliche Kirchhöfe Zubehör zur Kirche sind, oder von der Kirche selbst angelegt wurden, oder seit urdenklichen Zeiten vorhanden waren, so dafs man nicht weifs, von wem sie angelegt sind.“ Vgl. Büff, a. a. O. 765 N. 20.

[3] Eine preufs. Cabinetsordre v. 8. Jan. 1830 bestimmt, „dafs, um bei der Disposition über die aufser Gebrauch gesetzten öffentlichen Begräbnifsplätze nächst den erforderlichen sanitätspolizeilichen Rücksichten auch dem Andenken der Verstorbenen bei der noch lebenden Generation ihrer Angehörigen die gebührende Berücksichtigung zu sichern, den Kirchengemeinden oder Kommünen die Veräufserung solcher geschlossenen Begräbnifsplätze in der Regel nicht vor Ablauf von vierzig Jahren seit erfolgter Schliefsung gestattet werden soll, dergestalt, dafs für etwa ausnahmsweise frühere Bewilligung unter besonderen, die vorbemerkte Rücksicht erledigenden Localverhältnissen die jedesmalige besondere Genehmigung rücksichtlich der kirchlichen Begräbnifsplätze bei dem Ministerio der geistl. etc. Angelegenheiten, rücksichtlich der den Kommünen zugehörigen aber bei beiden Ministerien der geistl. etc. Angelegenheiten und des Innern einzuholen ist.“

thumsverhältnisse ihre praktische Spitze. Jeder Kirchhof im engeren Sinne, d. h. jeder dem Kirchengebäude anliegende Begräbnifsplatz, ist ein Pertinenzstück des Kirchengebäudes und als solches im praesumtiven Eigenthum des Kircheneigenthümers. Daraus folgt, dafs jede Ueberlassung eines der Kirche anliegenden Grundstückes zu Vor- und Kirchhofzwecken demselben den Charakter eines kirchenbaulichen Pertinenzstückes verleiht. Wenn also das Vertragsinstrument keinen anderen Willen mit Sicherheit erkennen läfst, ist ein solcher Kirchhof, mag nun ein Privater, oder die Civilgemeinde, oder die Kirchengemeinde den Platz dazu hergegeben haben, Eigenthum des Kircheneigenthümers; nur hier besteht eine Vermuthung, für jeden andern Fall wird Beweis gefordert.

§ 9.

Die Familien- und Erbbegräbnisse.

Gaius giebt folgende Definition von den Familien- und Erbbegräbnissen: „*Familiaria sepulcra dicuntur, quae quis sibi familiaeque suae constituit, hereditaria autem, quae quis sibi heredibusque suis constituit.*“ [1]

Wir haben nunmehr die Frage zu beantworten: welchen Charakter hat das durch ein Erbbegräbnifs begründete Recht? Gitzler entscheidet sich bezüglich des A. L. R. ebenso wie Koch [2] im Sinne des Eigenthumsrechtes: „Erb- und Familiengrüfte „gehören den betreffenden Personen zum Eigenthum an, sie dürfen sie „aber weder *inter vivos* noch *mortis causa* veräufsern, obgleich es erlaubt „ist, auch Fremden die Beerdigung darin, sei es für Bezahlung oder „unentgeltlich, zu gestatten.“ [3] Diese Ansicht stellt Vering auch für das gemeine Recht auf: „Nach heutigem Recht stehen . . . die *res*

---

[1] l. 5 D. 11, 7.

[2] Erbrecht, 611. Die Herausgeber des Koch'schen Commentars haben (unter Hinweis auf Eichhorn, Sintenis und Wappäus) diese Auffassung bekämpft und betont, dafs die Besitzer „nur ein dingliches Recht auf Benutzung der Stellen“ hätten (zu II. 11 § 185).

[3] Lebrb. 411.

religiosae im Eigenthum der Kirchen oder der Gemeinden, sie können sogar, z. B. Erbbegräbnisse, Privateigenthum sein.“ [1]

Das preufs. A. L. R. nun, auf welches Gitzler seine Darstellung gründet, und welches hier durch keine provinzialrechtlichen Bestimmungen durchbrochen wird, [2] erwähnt zwar die „erblichen Familienbegräbnisse“ (II. tit. 11 § 185), trifft aber für sie keine besonderen Bestimmungen. Um so ergiebiger aber sind die Normirungen bezüglich der „gewissen Personen oder Familien erblich“ verliehenen „Kirchenstellen“. [3] Wenn nun die gemeine Meinung die bezüglich der Kirchenstellen getroffenen Bestimmungen auch auf die Begräbnisse Anwendung finden läfst, [4] so darf dem nicht widersprochen werden. Eine Resolution der Regierung zu Emmerich v. 20. Juni 1800 behandelt die Erbbegräbnisse unter dem Titel „erbliche Stellen der Kirche“ ganz nach Art der erblichen Kirchenstühle, und dieser Vorbescheid fand durch ein Rescr. v. 7. Juli 1800 seine Bestätigung. [5] Das Rescript v. 7. December 1841 hat sich zu dieser Auffassung noch einmal ausdrücklich bekannt, indem es ganz allgemein bestimmte, dafs „der § 681 Tit. 11 Thl. II. des A. L. R. . . . unter Berücksichtigung der §§ 170 und 183 ebenfalls auf Erbbegräbnisse anzuwenden ist.“ [6]

Aber trotzdem ist die Meinung verkehrt, dafs die Erbbegräbnisse im Eigenthum der Berechtigten stehen, nicht als wenn der Schlufs von den Kirchenstühlen auf die Erbbegräbnisse unstatthaft

[1] Pand. (4. Aufl.) 144 Nr. 5.

[2] Rescr. v. 7. Decbr. 1841 (Ergänzungen, zu § II. tit. 11 § 681—683).

[3] § 681: „Wo nach besonderen Verfassungen Kirchenstellen gewissen Personen oder Familien erblich verliehen sind, da können die Eigenthümer dieselben an Andere vermiethen und zum Gebrauche einräumen, auch sie auf ihre Nachkommen vererben.“

§ 682: „Dagegen können sie das Eigenthum weder unter Lebendigen noch von Todes wegen an Andere übertragen.“

§ 683: „Wenn der Eigenthümer einer solchen Stelle ohne Nachkommen stirbt oder die Parochie verläfst, so fällt die Stelle an die Kirche zurück.“

[4] Beispielsweise Gitzler 413 N. 14: „Es gelten hierbei dieselben Grundsätze, wie bei Kirchenstühlen.“ Vandenesch, Handb. der gesammten Vermögensverwaltung, 99 zu § 185: „. . übrigens finden hier dieselben Grundsätze Anwendung, wie bei den dem Rechtsverkehr ebenfalls entzogenen erblichen Kirchenstellen.“

[5] Erläuterungen (zu II. tit. 11 § 681—683).

[6] Erläuterungen a. a. O.

wäre, sondern gerade weil auch die Kirchenstühle trotz des klaren Ausspruchs des Landrechts nicht in einem besonderen Privateigenthum stehen.[1] Auch die Cabinetsordre v. 17. October 1822 spricht zwar vom „Eigenthum“ der Besitzer von „Erbbegräbnissen oder erkauften Plätzen“ und in diesem Sinn von „eigenthümlichen Ruhestätten und Erbbegräbnissen.“ Das Gegentheil von all dem geht aber aus dem Rescr. v. 7. December 1841, das Gitzler allerdings noch nicht kennen konnte, mit unzweifelhafter Gewifsheit hervor. Hiernach ist es „nicht zweifelhaft, dafs die von einer Kirche zu Erbbegräbnissen ausgegebenen Grabstellen an und für sich im kirchlichen Eigenthum verbleiben.“ Wenn man aus der Thatsache, „dafs auch der § 681 auf die von der Kirchengesellschaft auf dem ihr gehörigen Gottesacker einzelnen Personen und Familien eingeräumten Erbbegräbnisse anwendbar ist,“ den Schlufs gezogen hatte, „dafs auch ein Erbbegräbnifs aus dem Eigenthume der Kirche in dasjenige der Berechtigten übergegangen sei,“ so ist zu bemerken, „dafs das A. L. R. Thl. I. Tit. 8 § 1 nicht blofs „ein Eigenthum an Sachen, sondern auch an Rechten „kennt. In diesem Sinne kann daher auch von dem Eigenthume „eines Rechtes auf fremde Sachen, z. B. von dem Eigenthume an „einem Erbpachtrecht, an einer Servitut, an einem Jagdrechte, „gesprochen werden. In diesem Sinne legt der § 681 Tit. 11 „Thl. II. a. a. O. dem zu einer Kirchenstelle erblich Berechtigten „ein Eigenthum bei, und in diesem Sinne nur kann dem, „welchem eine Stelle auf dem Gottesacker als Erb„begräbnifs verliehen ist, dem Berechtigten, ein Eigen„thum an dem verliehenen Rechte beigelegt werden. „Die Stelle selbst geht nie aus dem Eigenthume der „Kirche heraus.“[2]

---

[1] Wenn selbst ein einzelnes Mitglied sich einen Kirchstuhl oder ein Oratorium auf eigene Kosten gebaut hat, was bei reichen Kirchenpatronen zu sein pflegt, so gehören diese doch als kirchliche *accessoria* dem Kircheneigenthümer. Vgl. Wernher, *Observat. for. tom. I. p. III. obs. 119,* Griebner, *observat. iur. eccl. obs. 100.* Mejer, K. R. 415. Für Bayern ist das schlechthinige Eigenthum der Kirche an Privatkirchstühlen ausgesprochen durch ein oberstrichterliches Erkenntnifs v. 13. Januar 1871 (Regierungsblatt, 273).

[2] Vgl. auch Erkenntnifs v. 9. Juli 1851 in Striethorsts Archiv 4, 5. Altmann, Praxis, 297. Erkenntnifs v. 5. Januar 1855, Archiv 16, S. 112—119. Für den

Auch eine sächsische Cultusministerialverordnung v. 3. Septbr. 1868 bemerkt richtig, dafs die Bezeigungsquanta für concessionirte Kirchenstände den laufenden Einkünften des Kirchenärars zuzurechnen seien, und v. Seydewitz sagt treffend: „Diese Entschliefsung beruht „vornämlich auf der Erwägung, dafs die Kirchenstände aller Art, „ihrer rechtlichen Natur nach, als Bestandtheile der Kirche anzu- „sehen seien, woran der Kirche das Proprietätsrecht zustehe, und „welche sich daher nur in der Benutzung der Besitzer befänden, „ohne dafs diesen ein wirkliches Eigenthum daran zukomme." [1] Dagegen ist es irrig, wenn er mit Berufung auf eine V. O. v. 22. April 1871 weiter sagt: „Anders verhält es sich mit dem „Erlöse für Erbbegräbnisse, dessen Verwendung zur Bestreitung „laufender Ausgaben des Aerars als statthaft nicht anzusehen ist, „da die Gestattung der Anlegung solcher Erbbegräbnisse „eine theilweise Veräufserung von Grund und Boden des „Gottesackers enthält, woran der Kirche das Eigenthumsrecht „zusteht."

Die Leugnung des Eigenthumsrechts bei Erbbegräbnissen ist keine müfsige Spielerei, sondern hat ihre Consequenzen. Gitzler hält es von seinem Standpunkt aus im Allgemeinen für erlaubt, „auch Fremden die Beerdigung darin, sei es für Bezahlung oder unentgeltlich, zu gestatten." [2] Das erwähnte Rescript aber führt

---

gemeinrechtlichen Ausschlufs des *dominium separatum* an Kirchstühlen: Böhmer, *ius paroch. L. V. c. 11 c. 2.* Wernher, *princ. iur. eccl. sax. c. 10 § 17* u. *observ. P. III. observ. 119.* Griebner, *Cent. observ. for. eccl. observ. 100.* Weber, System. Darstellung des im Königr. Sachsen gelt. K. R. II. 628. Bezüglich der Erbbegräbnisse widerspricht sich derselbe: II. S. 680 f. vertheidigt er das „Eigenthum" des Erbbegräbnifsberechtigten, und in der Anmerkung 63 (ebend.) heifst es: „Die Proprietät bleibt, wie bei Betstuben, der Kirche." Hier sind auch weitere Literaturangaben.

[1] Codex des im Königr. Sachsen geltenden Kirchen- u. Schulrechts, Supplementband S. 32 N. 72.

[2] S. 412. Noch weitgehendere Rechte vindicirt auf derselben Grundlage Hoffmann den Kirchstuhlberechtigten: „(Die Kirchstühle) werden grofsentheils von den Besitzern erbaut . . . . daher sind (sie) ein Eigenthum der Personen, welche sie gelöst haben, sie können gemeiniglich veräufsert und vertestamentirt werden, während bei den persönlich gemeinen Kirchstühlen die Verwandten nur ein Näherecht auf den Stuhl haben." A. a. O. S. 239.

ganz folgerichtig aus, dafs „das Recht auf das Erbbegräbnifs nur persönlich zum Gebrauch des Berechtigten und seiner Familie verliehen worden, und deshalb eben an Andere nicht zu übertragen ist.“

Von hier aus beantwortet sich auch, und zwar nicht blofs für das preufsische A. L. R., sondern überhaupt die Frage, welchen Charakter das durch ein Erbbegräbnifs gewährte Recht in Wirklichkeit habe. Hier ist nun vor Allem die Büff'sche Auffassung als zu weitgehend zurückzuweisen. Nach diesem steht dem Erwerber von Erbbegräbnissen „ebensowenig, wie an dem Kirchstuhl, ein Eigenthums- oder ein privates Servituts- (Gebrauchs- etc.)Recht zu. Vielmehr ist sein Recht öffentlicher (disciplinarischer) Natur.“ [1] Die disciplinarische Natur eines Rechtes zunächst ist entwender das, was der Name sagt, und dann ist es nichts, oder es ist etwas Anderes, und dann ist dieses unter eine juristische Kategorie zu bringen. Den öffentlich-rechtlichen Charakter eines Erbbegräbnifsrechtes könnten wir uns nicht anders als nach Art des Gebrauchsrechtes bezüglich der *res publicae in publico usu* denken. Dafs aber eine solche Auffassung falsch ist, liegt klar zu Tage. Wie kann man alles Ernstes das Gebrauchsrecht, welches jedem Privaten bezüglich der öffentlichen Plätze, Wege u. s. w. zusteht, mit einem Erbbegräbnifsrecht vergleichen, welches ein gleiches Recht jedes Anderen ausschliefst! Es bedarf keines Beweises, dafs das Erbbegräbnifsrecht, da ein Eigenthumsrecht ausgeschlossen ist, sich als ein „privates Gebrauchsrecht“ charakterisirt, und es bleibt nur noch eine offene Frage, ob dieses Gebrauchsrecht einen den Kirchhofeigenthümer beschränkenden, dinglichen Charakter hat, oder ob es obligatorischer Natur ist.[2] In der Regel wird man sich für das erstere, und zwar für ein Servituten-

---

[1] Churhess. K. R. 779. Von hier aus ergiebt sich dann von selbst der Schlufs: „Der Inhaber hat allein das Recht, den Platz als Begräbnifsplatz für sich und die Seinigen zu benutzen. Will oder kann er davon keinen Gebrauch machen, so wird das Gebrauchsrecht der Kirche wieder frei.“ Ebend.

[2] Ein Urtheil des Reichsgerichts v. 18. Septbr. 1882: „Der Erwerber der Begräbnifsstelle hat auf einem Kirchhofe im Geltungsbereiche des preufsischen Allgem. Landrechts ein dingliches Recht an der von ihm erworbenen Stelle, welche er zu allen Zwecken benutzen kann, die in der allgemeinen Volkssitte bei Begräbnifsstellen hergebracht sind. Er darf also beispielsweise, gleichviel, ob eine Beisetzung auf der Stelle bereits stattgefunden hat oder nicht, die Stelle

recht entscheiden müssen.[1] Es mufs jedoch betont werden, dafs der Name des in den Rechtsquellen zur Begründung dieses Gebrauchsrechtes für nothwendig erachteten Rechtsgeschäftes (gewöhnlich Miethe) nicht als relevant betrachtet werden darf. Es fehlt nicht selten die Angabe der richtigen juristischen Kategorie, das Rechtsverhältnifs selbst aber ist in seiner Grundlage und seinen Folgen ganz richtig erfafst. Ob dieses Servitutenrecht als persönliche oder als reale, an ein Amt oder Gut geknüpfte Dienstbarkeit, also als Personal- oder Realvermögen aufzufassen ist, entscheidet in erster Linie das Vertragsinstrument, im Zweifel die Gesetzgebung, und zwar dann gemeinhin im Sinne der Personalservitut.[2]

Die Berechtigung zum separaten Begräbnifs ist — abgesehen vom Rechte des Fundators — entweder durch die Angehörigkeit zu einer Familie oder durch die Erbenqualität gegeben. In letzter Beziehung steht schon nach den Digesten (Ulpian: l. 6 D. 11, 7) sowohl den Erben als den übrigen gleichgültig wie immer gearteten Nachfolgern, auch wenn sie nur *„ex minima parte heredes ex testamento vel ab intestato“* sind, das Begräbnifsrecht zu, desgl. den Descendenten beiderlei Geschlechts und jeglichen Grades, dem Haussohn wie dem *emancipatus,* mögen

---

nach seinem Geschmacke durch Anpflanzung schmücken und verzieren, und er hat dem Eigenthümer des Kirchhofes gegenüber ein Recht auf den Fortbestand dieser Anpflanzung“ (Archiv, 49, S. 113).

[1] Rüttimann sagt bezüglich des Amerikanischen Rechts: „Wer einen Stuhl kauft (S. 160 spricht er auch von »miethen«), erlangt ein das Eigenthum der Corporation beschränkendes dingliches Recht, den Stuhl während des Gottesdienstes einzunehmen. Dieses Recht, welches in den einen Staaten als Real-, in den anderen als Personalvermögen aufgeführt wird, ist vererblich.“ (Kirche und Staat in Nordamerika, 161.) Desgleichen S. 170 f.: „Das Recht auf Benutzung einer Grabstätte ist ein dingliches Recht, durch welches das Eigenthum am Boden beschränkt wird.“ Mejer (Kirchenrecht, 416 N. 11) dagegen meint sowohl bezüglich der Privatbegräbnisse als Privatkirchstühle, „der Berechtigte (habe) kein im romanistischen Sinne dingliches Recht an der Stelle, sondern nur ein Forderungsrecht gegen die Kirche auf deren Prästirung. Es ist eine Art deutschrechtlicher Reallast.“ Das ist nun durchaus irrig: wo ist denn die positive Leistung, welche nach dem Wesen der Reallast der Belastete, hier also der Kirchen- resp. Kirchhofseigenthümer, zu prästiren hat? Derselbe ist zu keinem *facere,* sondern nur zu einem *non facere* oder *pati* verpflichtet, und das nennt man nicht Reallast, sondern Dienstbarkeit.

[2] Vgl. die oben erwähnte Stelle des Rescr. v. 7. Decbr. 1841.

sie die Erbschaft angetreten oder sich enthalten haben. Selbst den *exheredati* und ihrer *posteritas* ist, falls es nicht durch eine ausdrückliche Anordnung des *testator* verboten ist, *humanitatis gratia*, dieses Recht gewährt, nicht aber den Freigelassenen, es sei denn, dafs sie Erben des Patrones sind. Das oben erwähnte Rescript v. J. 1841 bestimmt kurzhin: „Ob den Testamentserben „dieselben Rechte einzuräumen sind, als den Intestaterben, hängt, „wie schon vorher angedeutet ist, von der ersten Verleihung ab. „Doch wird im Falle des Streits die Entscheidung hierüber dem „gehörigen Richter im Rechtswege zu überlassen sein."

§ 10.

Das Eigenthumsrecht an der Grabesausstattung.

Was sich über dem Boden in fester Verbindung mit diesem befindet, ist nach dem Satz: *res cedit solo*, im praesumtiven Eigenthum des Bodeneigenthümers, d. h. in seiner Anwendung auf unsern Fall: die Grabpflanzungen, Monumente und Grabsteine sind vermuthlich Eigenthum des Kirchhofseigenthümers. Diese Praesumtion ist im römischen Recht absolute Wahrheit, eine sogen. *fictio iuris et de iure*, denn die erwähnte Rechtsparömie erleidet hier keine Ausnahme und läfst keinen Gegenbeweis zu. Das preufs. A. L. R. bestimmt im Gegensatz hierzu: „Wer das Recht hat, auf fremdem Grunde und Boden Gebäude, Bäume und Holzungen zu haben, der kann darüber gleich einem Eigenthümer frei verfügen (I. 22. § 243)." Auch das französische Recht, und übereinstimmend hiermit das badische Landrecht, läfst ein Eigenthum auf fremdem Grund und Boden principiell zu (L. R. S. 553), im Uebrigen aber gilt hier die gemeinrechtliche Vermuthung, und es heifst ausdrücklich, dafs selbst der Umstand, die Anlage auf eigene Kosten gemacht zu haben, allein kein Eigenthum begründe, dafs hierzu vielmehr ein Rechtsgeschäft oder Ersitzung erforderlich sei. Was hier Eigenthum ist, erscheint im gemeinen Recht als *superficies*. Nun ist es zwar eine durch Büchel[1] und Schmid[2] erhobene Streitfrage,

---

[1] Civilr. Erörterungen I. 283 f.

[2] Handb. des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts, II. § 25 N. 11.

ob auch an Pflanzungen ein Superficiarrecht begründet werden könne; wir sehen aber mit Wächter [1] und Windscheid [2] keinen vernünftigen Grund, welcher dem entgegenstehen sollte. Uebrigens ist hier ebenso wie für das Eigenthum des französisch-badischen Rechts der Begründungsact zu erweisen. [3]

Es entsteht nun für uns die schwierige Frage, ob und wie für diejenigen, welche einem verstorbenen Angehörigen auf dem Kirchhof ein Monument errichten, einen Grabstein setzen oder sein Grab mit Blumen schmücken, diese Erwerbsvoraussetzungen vorliegen.

Es ist klar, dafs zunächst die einfache Gewährung eines Grabes für einen Verstorbenen von Seiten des Kirchhofseigenthümers nichts von einem Rechtsgeschäft mit den Angehörigen in sich trägt. Ebenso kann der Umstand, dafs der Eigenthümer die Grabesausschmückung zuläfst, billigt und begünstigt, in keiner Weise das fehlende Rechtsgeschäft ersetzen. Es fehlen somit die Voraussetzungen, welche hier — von der Ersitzung müssen wir wegen des Sacralcharakters ja absehen, [4] — ein dingliches Recht der Angehörigen begründen, diese stehen überhaupt in keiner directen rechtlichen Beziehung zu Grab und Grabesschmuck, und eine diesbezügliche Civilrechtsklage, z. B. bei Beschädigungen, mufs vom Kirchhofseigenthümer erhoben werden.

Dies scheint beim ersten Anblick sehr hart; man vergifst aber dabei, dafs der Kirchhofseigenthümer bei Gewährung eines Grabes für den Verstorbenen nicht etwa von Rücksichten gegen die lebenden Angehörigen geleitet wird, deren Aufgabe es somit wäre, für die Beerdigung zu sorgen; er steht vielmehr selbst in directer Beziehung zum Verstorbenen, gewährt das Grab diesem und nicht den Angehörigen und führt hierbei seine eigenen Geschäfte. Ganz

---

[1] Das Superficiar- oder Platzrecht (Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfacultät zu Leipzig I. 1868, S. 49 ff. 53 f.).

[2] Pand. § 223 § 20.

[3] Im Gebiet des Preufs. A. L. R. braucht ein solcher Act nicht nachgewiesen zu werden. Hier genügt zur Erlangung des Eigenthumsrechts, dafs man das einfache Recht bekommt, auf fremdem Boden Bäume etc. zu haben. Dieses Recht ist aber bezüglich der Grabesausstattung immer gegeben.

[4] l. 9 D. 41, 3: *„usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis“ etc.*

so steht es auch mit dem Grabesschmuck, den der Eigenthümer nicht in einseitig verwandtschaftlichem Interesse zuläfst und fördert, sondern in Erfüllung seiner eigenen sittlichen Aufgabe wünscht. Er ist der Träger der edlen Idee, und die Verwandten mit ihrer opferbereiten, aber immerhin einseitigen Pietät stellen sich nur in den Dienst dieses Gedankens, sie führen in der Ausschmückung fremde Geschäfte. So ist die Ueberlassung des Grabes kein Geschenk an die Verwandten, wohl aber kann der von den Verwandten beschaffte Grabesschmuck juristisch als eine Schenkung an den Kirchhofseigenthümer begriffen werden, welche dann die gute Sitte nicht selten als eine widerrufliche betrachtet. Diese spielt hier überhaupt, der Natur der Sache entsprechend, die mafsgebende Rolle und ist wirksamer als sonst strenge Gesetze. Das ist denn auch der Grund, weshalb die rechtliche Seite dieser Frage so mangelhaft entwickelt ist und nicht in ihrer Eigenartigkeit die gesetzgeberische Berücksichtigung gefunden hat, sondern immer noch unter dem Gesichtspunkt allgemeiner Principien behandelt werden mufs. Das römische Recht kannte überhaupt keine Privatklagen bezüglich der *res sacrae* und *loca religiosa.* [1] Diese waren vielmehr nur durch die religiöse Scheu gesichert, was aber auch ausreichte, wenn man bedenkt, dafs der Zuwiderhandelnde die harten Strafen des *sacrilegium* auf sich lud.[2] Auch heute befinden wir uns noch theilweise in diesem religiösen Bann: Privatklagen sind allerdings, nachdem die *res sacrae et religiosae* dem Privatrechtsverkehr zurückgegeben sind, gestattet, aber die Frage, wer denn nun eigentlich klageberechtigt sei, ist noch nicht in einer bedürfnifsentsprechenden Weise gesetzgeberisch geregelt. Unser Rechtsgefühl verlangt, dafs derjenige, welcher mit seinen Mitteln die Grabespflanzungen macht und einen Grabstein setzt, ein ganz bestimmtes Recht auf dieselben hat und nicht mit der Rechtsparömie: *res cedit solo* abgespeist wird, und dafs, wenn derselbe beispielsweise in pietätsvoller Erinnerung an den Verstorbenen eine Blume mitnimmt, gegen denselben keine Klage zulässig ist.

---

[1] l. 23 § 1 D. 6, 1: *„Loca sacra, item religiosa, quasi nostra in rem actione peti non possunt“*, nur das *interdictum quod vi aut clam* war anwendbar (l. 13 § 5 D. 43, 24), denn *„competit hoc interdictum etiam his, qui non possident, si modo eorum interest“* (l. 16 pr. eod.).

[2] l. 7 § 2 u. l. 10, 11 D. 48, 13; l. 2 D. 47, 22.

Solchen Frictionen des Interesses von Kirchhofseigenthümern und Angehörigen kann nur durch eine gesetzgeberische Neuregulirung der Boden entzogen werden, und es ist zu wünschen, dafs dies bei der vorbereiteten Neucodification geschieht. Insoweit sich bis jetzt die Gesetzgebung der Frage zugewandt, handelt es sich nicht um den Ausgleich privatrechtlicher Verhältnisse, was hier in der That ja auch nicht Hauptsache ist, sondern liegt auf publicistischem Boden und erschöpft sich in der Kirchhofspolizei. Der Kirchhofseigenthümer gestattet und wünscht die Ausschmückung der Gräber, schützt diese gegen Fremde und giebt den Verwandten durch das Versprechen, sein Eigenthumsrecht nicht zu ihren Ungunsten auszuüben, Garantie gegen mögliche Uebergriffe von seiner eigenen Seite.

Anders gestaltet sich unser Urtheil, wenn die Anverwandten, wie es neuestens oft vorkommt, die Grabesstellen miethen, oder wie es auch irrthümlich heifst, kaufen.[1] Hier erscheint nicht so sehr der Kirchhofseigenthümer denn die Verwandten als Träger der Bestattungsidee, und dieselben treten durch das Rechtsgeschäft in eine directe rechtliche Verbindung mit dem Grab. Wenn man daraus nach römischem Recht auch noch kein Eigenthum am Boden und dem, was sich auf ihm befindet, herleiten kann, so ist immerhin ein rechtliches Band zwischen den Verwandten und der Grabesausstattung hergestellt, und man könnte vielleicht dieses Rechtsverhältnifs geradezu als *superficies* begreifen; denn wir haben keinen besondern *contractus superficiarius,* die *superficies* wird vielmehr durch jedes zur Uebertragung von Rechten geeignete Rechtsgeschäft, insbesondere *locatio-conductio,* begründet. Richtiger wird man hier aber eine Servitut, und zwar *usus,* annehmen, wie wir uns auch bereits bezüglich der Erbbegräbnisse entschieden haben.

§ 11.

Das Recht auf Gräserei und Baumnutzung.

Verschieden von der soeben behandelten Frage ist die andere: wem steht das Gras- und Baumnutzungsrecht auf dem Kirchhof

[1] Eine Churtrierische VO. v. 30. März 1778 § 25 untersagt noch „ausdrücklich die Einforderung der mindesten Gebühren für die auf den Kirchhöfen

zu? Diese Frage ist insbesondere durch Mooren in eine falsche Richtung gewiesen worden, und wir sehen nicht, dafs seine Auffassung eine Berichtigung erfahren hat, im Gegentheil scheint sie bei Gräff[1] ausdrückliche Billigung gefunden zu haben. Mooren sieht es nämlich als eine durch Recht und Billigkeit gebotene, gleichsam naturrechtliche Forderung an, dafs dem Pfarrer das bezeichnete Nutzungsrecht zustehe.[2] Ihm deutet „die älteste Meldung, die wir in den allgemeinen kirchlichen Rechtsbüchern von den Kirchhöfen haben, dies schon an.“[3] Hier mufs dann selbst der c. 1 C. 13 q. 1 herhalten: *„Ecclesias singulas singulis presbyteris dedimus, parochias et coemeteria eis divisimus“*, und das Wort *ecclesia* in einem oben citirten Concilsschlufs,[4] welches man doch nur als »Localkirche« deuten kann, den Sinn von »Pfarrstelle« bekommen. Warum soll denn der Anspruch des Pfarrers auf die Kirchhofsnutzung so selbstverständlich sein?

Es ist ein in allen Rechten geltender Satz: Das Nutzungsrecht gehört dem Eigenthümer und mufs für jeden anderen durch einen besonderen Rechtstitel begründet sein und bewiesen werden. Das Nutzungsrecht steht somit principiell dem Kirchhofseigenthümer zu, also beispielsweise der Kirche, der Kirchengemeinde oder der Civilgemeinde, nicht aber dem Pfarrbeneficium. Ausnahmen kommen freilich in doppelter Hinsicht vor: zunächst kann das Gesetz selbst das Nutzungsrecht hier besonders anordnen und begründen, und dann kann auch der Eigenthümer durch ein Rechtsgeschäft die Nutzung einem Dritten zusprechen.

Was das erste anlangt, so ist im französischen Recht die infolge Anflugs entstandene Kirchhofsnutzung unter allen Verhältnissen, mag also der Kirchhof auch der Civilgemeinde gehören, der örtlichen Kirchenfabrik zugewiesen: *„Les revenus de chaque fabrique se forment . . du produit spontané des terrains servant de cimetières.“*[5]

---

anzuweisende Grabstätte.“ Im Preufsischen A. L. R. II. 11 § 185 erscheint schon das Gegentheil als Regel.

[1] Das Eigenthum an den Kirchhöfen, 15 f.

[2] Ueber Eigenthum und Benutzung der Kirchhöfe, 91 ff.

[3] S. 91. — [4] Vgl. S. 24 N. 3.

[5] Fabrikdecret v. 30. Decbr. 1809, art. 36 N. 4. Demgemäfs wurde in Frankreich durch eine ministerielle Entscheidung v. 21. Mai 1818 sogar jeder Baum-

Es drückt sich hier ebenso wie im preufsischen A. L. R. II. 11 § 818 vielleicht die richtige Anschauung aus, dafs der Kirchhof in der Regel im kirchlichen Eigenthum steht, und es ändert nichts daran, dafs Mooren diese Bestimmung ein »Curiosum« nennt.[1] Das A. L. R. bestimmt: „die Nutzung des Kirchhofes gehört der Regel nach nicht dem Pfarrer, sondern zu den Kircheneinkünften." Dann aber heifst es mit Rücksicht auf die Haltung von Seidenraupen:

§ 819 „Wenn jedoch ein Pfarrer den Kirchhof mit Maulbeer„bäumen bepflanzt und für deren Obwartung und Cultur gehörig „sorgt: so gebührt demselben die ganze Nutzung des Kirchhofes, „sowohl an Gras als Früchten."

§ 820 „Will der Pfarrer sich mit der Anpflanzung und Cultur „der Maulbeerbäume solchergestalt nicht befassen: so steht dieses „dem Küster frei, welcher dagegen eben dieselben Vortheile von „dem Kirchhofe zu geniefsen hat."

Das pfarrliche Nutzungsrecht erscheint hier als Entgelt für aufgewandte Mühe, und ist singulärer Art. Dagegen heifst es in den 1675 vom Herzog Wilhelm Philipp bestätigten Düsseldorfer Statuten tit. VIII. § 8 ganz allgemein: *„Quidquid vero creverit in coemeterio sive arbores sive poma, pyra, nuces seu gramina, totum spectabit ad pastorem."*[2] Auf diesem Standpunkt stehen auch die Xantener Statuten[3] vom Jahre 1393: diese lassen sogar dort, wo es Brauch ist, aus den Nüssen Oel für das ewige Licht zu gewinnen, nichtsdestoweniger dem Pfarrer einen Theil davon zukommen, und warum? *„debet . . per hoc dominus tam ecclesiae quam coemeterii censeri."* Die *ratio legis* ist sonach entweder die irrthümliche Meinung, der Pfarrer sei Eigenthümer von Kirche und Kirchhof,

---

wuchs auf den Kirchhöfen den Kirchenfabriken zugesprochen. Ein Staatsrathsgutachten v. 22. Mai 1841 aber beschränkt dies wieder auf den Fall, wenn jene Bäume ohne alles menschliche Zuthun *(spontanément)* gewachsen sind. Dagegen werden die Bäume der Civilgemeinde zugesprochen, wenn diese in Gemäfsheit des Prairialdecrets (an XII.) die Anpflanzung besorgt hat, oder wenn die Bäume innerhalb der Kirchhofshecke gewachsen sind oder schon zur Zeit des Erwerbs des Kirchhofs durch die politische Gemeinde vorhanden waren. (Abgedruckt bei Gräff, das Eigenthum an den Kirchhöfen, 76; ferner Dursy I. 368 ff.)

[1] S. 91.

[2] Mooren, 93. — [3] Mooren, 93.

oder aber, wenn wir mit Mooren[1] den *dominus* im Sinn des germanischen Herrn oder Hüters auffassen, erscheint die pfarrliche Nutzung als Ausflufs eines Gewaltsverhältnisses, das anerkannt sein will und wofür man Dank weifs. Wieder eine andere Färbung hat das pfarrliche Nutzungsrecht in einer Lütticher Verordnung vom J. 1721, wo die ganze Kirchhofsnutzung dem Pfarrer zugewiesen wird *„pour dire ou faire dire, à proportion de la valeur, des Messes:“*[2] Hier ist also ganz wie im preufsischen Landrecht die Kirchhofsnutzung ein Entgelt für besondere Mühewaltung, hier für geistliche Functionen, nämlich das Lesen von Todtenmessen. So kann Gesetz und Gewohnheit, welch letztere hier besondere Beachtung verdient, die Gräserei und Baumnutzung des Kirchhofs sehr wohl aus einem besonderen Grund einem anderen als dem Eigenthümer zuweisen, dies wird aber nicht vermuthet, ist vielmehr stricte zu beweisen; die Vermuthung spricht nur für den Eigenthümer.

Der Eigenthümer kann selbstverständlich, sei es für immer oder für den einzelnen Fall, das Nutzungsrecht an Andere abgeben. So hat an vielen Orten der Todtengräber das Gräsereirecht mit der Pflicht, die Kirchhofsanlagen in sauberem Zustand zu halten. Dies ist mir beispielsweise aus Trachenberg (Schlesien) bekannt, und wird hier dieses in dem jedesmaligen Genufszettel vermerkt. Diese Ordnung wird insbesondere durch die Sächsische Gesetzgebung begünstigt. Bereits in den Generalartikeln v. J. 1580 c. 15 heifst es: „Da sich Pfarrer oder Glöckner, dero darauf (d. h. auf dem Kirchhof) wachsenden Gräserey gemeiniglich brauchen.“[3] In einigen Gesetzen ist an Stelle des Glöckners der Schullehrer genannt, und zwar kommt es auf das specielle Herkommen einer jeden einzelnen Kirchengemeinde an, ob der Pfarrer oder Schullehrer (als Küster), oder beide gemeinschaftlich die Nutzung haben, da in den Gesetzen und Matrikeln gewöhnlich nur im Allgemeinen bestimmt ist, dafs die Kirchhofgräserei „zum Gebrauch und Nutzung des Kirchendieners“ bestimmt ist.[4] In den Mandaten wegen Benutzung der Kirchhöfe zu Maul-

---

[1] S. 93². — [2] Mooren, 93³.

[3] Codex des im Königreich Sachsen geltenden Kirchen- und Schulrechts, 2. Aufl. 35.

[4] Weber, Systematische Darstellung des im Königreich Sachsen geltenden Kirchenrechts, II. 409.

beerplantagen v. 1771—1779 wird die Observanz, nach welcher dem Pfarrer oder Schulmeister die Kirchhofnutzung gehöre, nur im Allgemeinen erwähnt und bestätigt, und Weber[1] meint: hier und da gehöre die Gräserei dem Pfarrer, die Nutzung der Bäume aber dem Schulmeister, so zu Niederrabenstein nach einer vom Oberconsistorium am 3. Juli 1797 bestätigten Observanz. Solche Nutzungsrechte sind aber in der Regel als Dienstemolumente aufzufassen und haben keinen Servitutencharakter; das Appellationsgericht zu Zwickau hat unter dieser Begründung einen diesbezüglichen Eintrag für unzulässig erklärt,[2] und der Kirchhofseigenthümer hat jederzeit das Recht, falls er nicht durch vertragsmäfsige Abmachungen gebunden ist, die Kirchhofnutzungen selbst zu beziehen.[3]

4. Das Eigenthum an Kirchen und Kapellen.

§ 12.

Im Allgemeinen.

Die Urkunden des Mittelalters führen Tausende von Fällen an, in welchen Kirchen und Kapellen nicht dem in der speciellen Kirche selbst gebildeten Rechtssubject zu Eigen gehören, sondern wo diese in anderen (Kathedral- oder Local-)Kirchen und Klöstern von vornherein oder infolge von Kauf, Schenkung u. s. w. ihren Eigenthumsträger besitzen. Immerhin aber liegt da ein kirchliches Eigenthum vor, und bleiben deshalb diese Fälle aufserhalb unserer Betrachtung; hier haben wir es vielmehr nur mit dem weltlichen Eigenthum, und, nachdem früher die Möglichkeit eines weltlichen Privateigenthums an den *res sacrae* im Allgemeinen erwiesen worden ist, ausschliefslich und speciell mit der Möglichkeit und Wirklichkeit eines weltlichen Privateigenthums an den Kirchen und Kapellen zu thun![4]

---

[1] a. a. O.

[2] v. Seydewitz im Codex, Supplementband, S. 7.

[3] Schreyer im Codex, 35 N. 41b.

[4] Das französisch-rheinische Recht kennt sieben verschiedene Arten von gottesdienstlichen Gebäuden: 1. Kathedralen, 2. Pfarrkirchen, 3. Succursalen, 4.—5. annexe Kirchen und Kapellen, 6. Hauskapellen, 7. Oratorien. Vgl. Bluhme,

I. Kapellen[1] oder Oratorien sind Räumlichkeiten, welche ausschliefslich dem Gottesdienste gewidmet sind. Man theilt sie ein in öffentliche und Privatkapellen.

1. Privatkapellen sind Kapellen, welche lediglich für den Privatgottesdienst einer einzelnen Person oder Familie bestimmt sind und sich deshalb meistens innerhalb der Mauern[2] eines Privathauses befinden. Hier darf nur mit oberhirtlicher Erlaubnifs,[3] und dann regelmäfsig nur einmal im Tage, an Sonn- und Feiertagen aber gar nicht, die heilige Messe gelesen werden, wie auch eine begrenzte seelsorgerliche Bethätigung hier nur mit bischöflichem Consens stattfindet.[4] Sie werden weder consecrirt noch benedicirt,[5]

Kirchenrecht, 210. Die mittelalterliche Terminologie begreift unter Kapellen alle Kirchen mit Ausnahme der Kathedralen. Müller, Ueber das Privateigenthum an den kath. Kirchengebäuden, 58.

[1] Der Name kommt her von der Kappe *(cappa)* oder dem Schultermantel des h. Martinus, Bischofs von Tours, welcher von den fränkischen Königen als Symbol der geistigen Einwirkung auf die Franken und als Palladium der Nation in einem Kästchen *(capella St. Martini)* auf ihren Heereszügen mitgenommen, und worauf der Eid der Treue geschworen wurde. Alsbald hiefs auch das Zimmer, worin dieses Kästchen stand, *capella* und in der Folge alle Gebetsräume. Vgl. Helfert, Von der Erbauung, Erhaltung etc. der Kirchengebäude, S. 24 und die dort citirte Literatur. Richter-Dove (7. Aufl.) 386. Walter, Lehrb. § 150 N. 1.

[2] Vgl. c. 34 Dist. I. *de consecr. „quae intra domos sunt.“*

[3] c. 33 Dist. I. *de consecr.: „Unicuique fidelium in domo sua oratorium licet habere et ibi orare, missas autem ibi celebrare non licet.“* Vgl. auch die österr. Hofdecrete vom 26. April, 12. Juli, 24. October 1783; 24. Januar 1784; 24. Septbr. und 9. Decbr. 1785. Die *constitutio Magno* Benedicts XIV. v. J. 1751 verlangt sogar wie die *synod. Prag.* tit. V. c. 3 päpstliche Genehmigung. Vgl. Richter in Weiskes Rechtslexicon II. 566 N. 4. Gitzler, Handb. I. 399 N. 5.

[4] c. 34 Dist. I. *de consecr. „Clericos, qui ministrant vel baptizant in oratoriis, quae intra domos sunt, cum consensu episcopi loci hoc facere praecipimus.“*

[5] Vgl. *Resp. S. R. Congr. 11. Mart. 1820: „Sacra Congregatio respondit: Negative, cum oratoria privata nunquam benedicantur ritu praescripto in rituali romano pro publicis oratoriis (N. 4565 ad 10).* Das *Rituale Wirceburgense 1836 p. 356* kennt allerdings eine *„benedictio oratorii privati“* nach Art derjenigen, welche im *Rituale Romanum* für *oratoria publica* vorgeschrieben ist. Zech führt aus, dafs das *oratorium* des Dr. Eck in Ingolstadt sogar consecrirt war

sondern es kommt nur der einfache Segen in Anwendung, welcher jedem neuen Gebäude zu Theil werden kann.[1]

2. Oeffentliche Kapellen sind Kapellen, in welchen öffentlicher Gottesdienst (daher freier Ein- und Ausgang auf der Strafse), auch das h. Mefsopfer gefeiert, aber keine regelmäfsige und für die Gemeinde eingerichtete Seelsorge ausgeübt wird.[2] Sie sind benedicirt.

II. Die Kirchen zerfallen in drei Arten:

1. Die Kichen schlechthin sind ausschliefslich dem Gottesdienste gewidmete und consecrirte Gebäude, welche zur Ausübung der allgemeinen Seelsorge bestimmt sind.[3]
2. Pfarrkirchen sind Kirchen, welchen die Angehörigen der räumlich oder persönlich festumgrenzten Pfarrei zur Erfüllung ihrer religiösen Pflichten zugetheilt sind.
3. Kathedralkirchen sind die an den Bischofssitzen befindlichen, zur regelmäfsigen Ausübung der Pontificalhandlungen bestimmten (Pfarr-)Kirchen.

Dafs die Privatoratorien das Eigenthum der *res principalis* theilen, also im weltlichen Privateigenthum stehen können und vielfach stehen, kann auch von den Divinaltheoretikern[4] zugestanden werden, da für die Regel eine Weihe hier gar nicht vorliegt, man also im strengen Sinne von einer *res sacra* nicht sprechen kann. So reden denn auch beispielsweise die Motive zum preufsischen

---

(de iure rerum eccles. 1758 I. 42), und bezeugt, dafs das manchmal *(nonnunquam)* vorkomme." *Oratoriis principum idem honor saepius impenditur, prout ibidem (scl. Ingolstadii) oratoria consecrata sunt in arce Principum Bavariae, quae ratione situs sui essent oratoria privata.*"

[1] Uhrig, Tüb. Theol. Quartalschr. 1878, S. 581. Vgl. insbesondere auch Not. 1 (ibid.).

[2] Vgl. Gitzler, Handb. I. 397. Eine Entscheidung der S. R. C. v. 21. Juli 1855 sagt: „*Capella publica vero, (intelligitur) quae licet ingressum habeat in publica via, attamen non tam fidelis populi libero usui destinata videtur, quam alicuius familiae vel collegii commoditati.*"

[3] Die in der vorstehenden Anmerkung citirte Entscheidung sagt: „*Ecclesia intelligitur quae eo potissimum fine aedificatur, ut publico fidelis populi usui deserviat.*"

[4] So Uhrig, Tüb. Theol. Q.-Schr. 1878, S. 581.

Kirchenvermögensverwaltungsgesetz v. J. 1875 S. 38 von „Kapellen, welche im Privateigenthum stehen." Wissenschaftliche Differenzen sind denn auch in der That hier niemals hervorgetreten.

Auch die öffentlichen Oratorien und Kirchen schlechthin, wie wir sie z. B. bei Klöstern, Universitäten, Seminarien, Gymnasien, Spitälern, Garnisonen u. s. w. finden, werden selbst von Uhrig als des weltlichen Privateigenthums für fähig erachtet.[1] Nach l. 33 Cod. Theod. 16, 2 stehen Kirchen in der Regel sogar im Miteigenthum.[2] So bestimmt denn auch c. 33 C. 16, q. 7 *(ex romana synodo Eugenii II. et Leonis IV. c. 21)*: *„Monasterium vel oratorium canonice constructum a dominio constructoris eo invito non auferatur."* Die Synode zu Coblenz v. J. 922[3] trifft daher Bestimmungen für den Fall, *„si laici capellas proprias habuerint."* Ludwig der Fromme schenkte einem Laien eine Kirche *„quae praesenti tempore nostri iuris atque possessionis, non solum proprietatis est."*[4] Es ist doch auch selbstverständlich, dafs die auf einem communalen Kirchhof aus Gemeindemitteln erbaute Kirchhofskapelle Eigenthum der Civilgemeinde ist. Auch hier kommt häufig der Satz zur Anwendung: *accessorium sequitur rem principalem,*[5] und wir haben als Eigenthümer von *res sacrae* Private, Fürsten, Staaten, Civilgemeinden und andere weltliche Communitäten. So haben also die früher kritisirten Theorien alle ein Körnchen von Wahrheit: der Papst, Bischof, Fürst, Fiscus, die Civil- und Kirchengemeinde, das Institut kann wohl Eigenthümer von *res sacrae* sein, ist es aber nicht ausschliefslich nicht immer und nicht für alle *res sacrae.*

---

[1] a. a. O. 582.

[2] *„Ecclesiae, quae in possessionibus, ut assolet, diversorum . . . . sunt constitutae."*

[3] Mansi, *Conc. coll. 18, 343.*

[4] Mitgetheilt von Loening II. 645².

[5] So Caroc (§ 12 p. 15 sq.) mit Berufung auf Fabricius *(Amoenit. eccl. diss. 8 de eccl. aulicis.): atque hic (sc. princeps) etiam dominus erit templi arcis germ.* Schlofskirche *per trilum illud: „accessorium sequitur principale."* Ebenso Brinz, Pand. 1048; Wächter, Württemb. Privatr. II. S. 283; Windscheid, Pand. § 147⁴. Ueber eine Schlofskirche, in welcher sogar Pfarrgottesdienst gehalten wird, vgl. Hinschius, Zeitschr. f. K. R. 7, S. 6.

§ 13.

Das weltliche Privateigenthum an Pfarrkirchen.[1]

Die *consecratio-benedictio* bewirkt keine Eigenthumsverschiebung zu Gunsten der Kirche. In dieser Hinsicht stehen sich öffentliche Kapellen, Kirchen und Pfarrkirchen völlig gleich. Wenn daher die Privateigenthumsfähigkeit der ersteren schon durch die römische Gesetzgebung[2] und dann durch unzählige Urkunden aus allen Jahrhunderten aufs klarste erwiesen ist,[3] so kann für die letzteren der Consecrationscharakter kein Hindernifs sein. Man pflegt daher die gegentheilige Behauptung neuestens auf den Verfassungsstandpunkt zu stützen. So erklärt Vering: „Kathedralen und Pfarrkirchen können, als zum nothwendigen Organismus der Kirche gehörig und als kirchliche öffentlichrechtliche Institute niemals in einem Privateigenthum stehen.“[4] Auch Phillips sagt:

---

[1] Diese Frage ist in gründlicher, wahrhaft ausgezeichneter Weise von Th. A. Müller behandelt worden in der Schrift: Ueber das Privateigenthum an katholischen Kirchengebäuden, 1883. Leider wurde uns dieselbe erst zugänglich, als im Text keine Veränderungen mehr vorgenommen werden konnten; wo es aber anging, nahmen wir hier wie in der früheren Darstellung darauf in den Anmerkungen Bezug. Im Endresultat stimmen wir mit Müller überein.

[2] c. 33 Cod. Theod. XVI. 2 *„ecclesiae quae in possessionibus, ut assolet, diversorum . . . sunt constitutae.“* c. 10 C. 1, 5. Conc. v. Orange (441) c. 10, c. 44 C. 16, q. 1. Man mufs nämlich bedenken, dafs nach römisch-rechtlichen Grundsätzen der Eigenthümer des Bodens auch stets das Eigenthum der *res exstructae* hatte (Rechtsparömie: *res cedit solo*). Dies gegen Hirschel, Archiv 51, S. 202.

[3] Man vergleiche in dieser Hinsicht nur die Fülle von Beispielen bei Hinschius, Zur Geschichte der Incorporation und des Patronatsrechtes, 5 ff. Kirchenrecht der Kath. u. Protest. II. 624 ff. Ficker, Ueber das Eigenthum des Reichs am Reichskirchengut, 11 ff. Loening, Geschichte des deutschen Kirchenrechts, II. 639 ff. Uhrig, der Germanismus in der kirchenrechtl. Lehre vom Eigenthum am Kirchengut in der Tüb. Theol. Q.-Schr. 1878, S. 572 ff. Das Vollendetste bietet in dieser Hinsicht Müller in der erwähnten Schrift; hier hat man ein paar Hundert chronologisch geordnete Auszüge aus Urkundenbüchern, welche deutlich beweisen, dafs man die Kirchen, Pfarrkirchen sowohl als andere, als Gegenstand des Privatrechts behandelte.

[4] Lehrb. des K. R. (2. Aufl.) 769 f. Hiernach wird der Hirschel'sche Widerspruch (Archiv 51, S. 202) hinfällig. Müller darf es sich zum Verdienst

„Ein Eigenthum von Privatpersonen an Kirchen, sobald sie nicht „blofse Oratorien blieben, sondern Pfarrkirchen wurden, und „diese als einen Gegenstand des Verkehrs oder des Rechtsstreites „vor weltlichen Gerichten zu belassen, widersprach der Heiligkeit „ihrer Bestimmung.“ [1] Diese Auffassung hatte schon Büff sowohl für die katholische als für die protestantische Kirche vertreten,[2] sie wird auch insbesondere von Wächter,[3] Bluhme,[4] Esmarch,[5] Mooren,[6] Silbernagl[7] und Loening[8] getheilt. Dabei wird jedoch nicht immer klar, ob blofs das laicale Privateigenthum des Einzelnen, wie es zweifellos bei Dernburg[9] gemeint ist, oder ob jedes weltliche, also beispielsweise auch communale oder staatliche Eigenthum negirt werden soll. Caroc hat hierin eine ganz eigenthümliche Ansicht: „*In dubio*

---

anrechnen, selbst Hirschel zu der Erklärung veranlafst zu haben: „auch ist richtig, dafs sogar Pfarrkirchen trotz ihrer öffentlich rechtlichen Eigenschaft im Eigenthume des Staates, einer bürgerlichen Gemeinde oder eines Privaten stehen können“ (Archiv 51, S. 202). Damit will freilich nicht die in der Monogr. „Eigenthum an den kath. Kirchen“, S. 43 vertretene Auffassung passen, es sei „Vorschrift des canonischen Rechtes, dafs jede Pfarrei eine ihr fest, sicher und bleibend zugehörige Kirche besitzen müsse.“ Vgl. auch Archiv, 34, S. 292.

[1] Lehrb. 3. Aufl. (Moufang), 276. Dabei meint er, in dem mittelalterlichen Investiturstreit habe es sich auch um die Befreiung der Kirchen aus dem Privateigenthum gehandelt, während doch nur die Besetzung der geistlichen Stellen den Zankapfel bildete.

[2] Kurh. K. R. 296: „Eine Kirche kann ihrem Begriff und Zweck nach nicht einem einzelnen gehören, in seinem *dominium* stehen, mit anderen Worten, es kann kein *dominus ecclesiae* gedacht werden.“ Ebenso 767; S. 783 bemerkt er in einer Anmerkung: „Wenn das canonische Recht bei *reb. sacris* eine *sanctitas interna* annimmt, welche dem protestantischen Kirchenrecht fremd ist (§ 208 N. 1), so folgt doch aus diesem Fremdsein des Begriffes der *sanctitas interna* nicht, dafs das protestantische K. R. die gedachten Sachen für Objecte von Privatrechten hielt.“

[3] Württemb. Privatr. II. 283.

[4] Kirchenrecht, 211: „Das Kirchengebäude ist, so lange es als Pfarrkirche benutzt wird, dem Privateigenthum entzogen und als Eigenthum der katholischen Pfarrei oder der evangelischen Gemeinde anzusehen.“

[5] Das im Herzogth. Schleswig geltende bürgerl. Recht, 112.

[6] Das Eigenthum an Kirchhöfen, 26.

[7] Lehrb. 577.

[8] Geschichte des deutschen K. R. II. 634.

[9] Preufs. Privatr. 1884, I. 145.

quidem probabilius puto, praesumitur, Ecclesiam Cathedralem esse in dominio Episcopi . . . Quantum ad reliqua templa, sunt vel ruralia vel urbana. Illorum dominus censeri poterit, qui est dominus praedii . . . Haec, templa urbana, optime referri videntur ad res civitatis, quarum proprietas est penes cives collective sumtos, usus vero singulis patet."[1] Den Irrthum Carocs bezüglich des Eigenthums der Kathedrale, welche mit der Pfarrkirche dieselbe rechtliche Beurtheilung erfahren mufs, hat schon v. Poschinger berichtigt: „Vorerst bedarf es wohl „keiner Versicherung, dafs nach katholischen Rechtsgrundsätzen der „Bischof nicht der Eigenthümer der Kathedralkirche sei; diese letztere „befindet sich vielmehr mit ihren heiligen geweihten Sachen regel-„mäfsig im Eigenthum der sich in dem bischöflichen Stuhle „personificirenden juristischen Person, genannt: das Bisthum."[2] Auch bezüglich der Stadt- und Landkirchen erklärt v. Poschinger unseres Erachtens mit vollstem Recht, dafs Caroc „auf einen Irrweg gerathen" sei.[3]

Der Beweis für die passive Privateigenthumsfähigkeit der Pfarrkirchen ist zu erbringen aus Urkunden und aus der Gesetzgebung; in ersterer Beziehung ist bereits Aufserordentliches geleistet,[4] und brauchen wir hierüber kein weiteres Wort mehr zu verlieren.

Was sodann die Gesetzgebung betrifft, so stand die Kirche in ihrem eigenen vernünftigen Interesse davon ab, den Kirchenbau durch Vernichtung des Privateigenthums zu erschweren.[5] So be-

---

[1] § 12 p. 16.

[2] S. 321.

[3] S. 328: „Vielmehr wird man behaupten müssen, dafs die Stadt- und Landkirchen sich im Zweifel im Eigenthum des einzelnen kirchlichen Instituts der jur. Person, befinden." Diese Praesumtion mufs dann durch den stricten Gegenbeweis gebrochen werden, „dafs z. B. der Patron oder die Commune die Kirche aus eigenen Mitteln erbaut haben und blofs die dortige Handhabung kirchlicher Verrichtungen gestatten, ohne sich hiermit des Eigenthums an der Kirche begeben, mit anderen Worten, ohne die Kirche zum eigentlichen Kirchengut gemacht zu haben."

[4] Das umfassendste Material findet sich bei Müller. Sodann sind hier alle auf S. 47 N. 3 genannten Schriftsteller wieder zu erwähnen.

[5] Ficker sagt treffend: „Konnten aber solche äufserste Schritte ihrem eigenen Interesse nicht entsprechen, würden sie bei der Allgemeinheit des Ver-

stimmt ein *Capit. Carol. ad Salz. 804: „Quicunque voluerit in sua proprietate ecclesiam aedificare . . . licentiam habeat.“* [1] Das Concil v. Toulouse v. J. 1056 c. 11 spricht von *„ecclesiis in alodiis laicorum constitutis.“* [2] Und Hincmar von Rheims schreibt an den Suffraganbischof Hedenulf v. Laon: *„Ecclesias quoque in proprietatibus liberorum hominum ac coheredum consistentes, ut tuae tradantur ecclesiae, non debes cogere. Ipsae ecclesiae ab iisdem liberis hominibus potiantur.“* [3] In den auf den Herrnhöfen errichteten Oratorien wurde anfänglich nur die Messe gelesen, und als diese später zu Pfarrkirchen erhoben wurden, wurde das Privateigenthum um so weniger beanstandet, als eine unjuristische Zeit ja auch der bischöflichen Amtsbefugnifs eine privatrechtliche Grundlage gab. [4] Selbst B. Levita, dessen Fälschungen sich doch in erster Linie gegen die Uebergriffe der Laien in die *ecclesiastica* richten, erwähnt kein ausdrückliches Verbot

hältnisses das ganze kirchliche Leben gelähmt haben, so mufste sie dasselbe in dem Umfange hinnehmen, in dem dasselbe durch das weltliche Recht anerkannt und geschützt war.“ Ueber das Eigenthum des Reiches am Reichskirchengut, 64 [12].

[1] *Regino I. c. 26.*

[2] Diese Stelle führt auch Müller an (S. 60). Dagegen wandte sich Hirschel (Archiv 51, S. 202) mit den Worten: „Hier ist doch nur gesagt, dafs die Kirchen auf dem Allodialboden von Laien errichtet sind, die Frage aber, wem sie dem Eigenthum nach gehören, ob der Kirche oder den Laien, wird gar nicht berührt.“ Hirschel kennt also nicht die Rechtsparömie: *„res cedit solo.“*

[3] Baluz, II. 626.

[4] Hinschius, Kirchenrecht II. 624 ff. Gegen Loening, Geschichte des deutsch. K. R. II. 634; Ficker (Ueber das Eigenthum des Reiches am Reichskirchengut 64 [12]) sagt: „Jedes Urkundenbuch bietet Belege dafür, dafs man in den Jahrhunderten, welche dem Investiturstreit vorausgingen, dann aber auch über diesen hinaus, Klöster, Pfarrkirchen und sonstige Kirchen als Gegenstände des Privateigenthums behandelte. Sie stehen *in proprietate* des Herrn, werden von ihm als Sachen *nostri proprietatis* bezeichnet, *in proprium* oder *iure proprietatis* besessen . . Es wird denn auch über dieselben ganz so, wie über jedes andere Eigenthum verfügt. Die Kirchen werden allein oder als Zubehör einer gröfseren Gütermasse vererbt, verschenkt, vertauscht, verkauft, werden Frauen zum Witthum, Töchtern zur Ausstattung gegeben, werden mit anderem Gute confiscirt, werden insbesondere häufig zu Lehen gegeben.“ S. 83 [31] wiederholt er, dafs „nach Tausenden von Urkunden von den einzelnen Kirchen durch Schenkungen, Kauf und Tausch Grundeigenthum erworben“ worden sei, doch will

des Eigenthumsrechts der Laien an den Kirchen und Pfarrkirchen.[1] Das ganze Patronatsinstitut geht schliefslich auf ein ursprüngliches Privateigenthum zurück, und haben sich die Nachwirkungen davon bis heute noch nicht ganz verloren. Dieses noch erst beweisen wollen, hiefse Eulen nach Athen tragen. Wenn nun auch das weltliche Eigenthum an Pfarrkirchen aus später noch zu besprechenden Gründen immer seltener geworden ist, so zeigt doch auch das heutige Leben noch Beispiele genug in den zahlreichen saecularisirten, aber dem gottesdienstlichen Gebrauche erhaltenen Pfarr- sowie in den Garnisonkirchen.

Es ist keine Stelle nachweisbar, welche die laicale Privateigenthumsfähigkeit der Pfarrkirchen verneint.

Zwar bestimmt c. 6 C. 10 q. 1: *„Noverint conditores basilicarum in rebus, quas eisdem ecclesiis conferunt, nullam se potestatem habere, sed iuxta canonum instituta, sicut ecclesiam ita et dotem eius ad ordinationem episcopi pertinere.“* Aehnliche Bestimmungen finden sich in c. 3 C. ib.[2] Doch besagen diese *canones* nur, dafs die *potestas ordinationis sive gubernationis,* also die Leitung der Kirche und Verwaltung ihrer Angelegenheiten, dem Bischof gebühre.[3] Denn es galt der Grundsatz: *„queque sacratae fuerint, sint in potestate episcopi.“*[4] Dafs hiermit nicht der Ausschlufs eines laicalen Eigenthums verfügt, sondern nur die auf kirchenhoheitlicher Basis beruhende Befugnifs des Bischofs zu Anordnungen in Betreff der bestimmungsmäfsigen Benutzung der Pfarrkirchen gewahrt werden

---

er dies dann als „Nutzeigenthum“ im Gegensatz zu einem dem Reiche zustehenden „Obereigenthum“ erklären. In dieser Allgemeinheit vermögen wir die Ficker'sche Anschauung jedoch nicht zu der unsrigen zu machen.

[1] Vgl. Hinschius, K. R. II. 626 und die Belege vorher.

[2] *„Decretum est, ut omnes ecclesiae cum dotibus suis et decimis et omnibus suis in episcopi potestate consistant atque ad ordinationem suam semper pertineant.“* Vgl. auch c. 2 C. 10 q. 1.

[3] Vgl. auch cap. Langob. v. 783 (?) c. 2 L. L. I. 41: *„De ecclesiis baptismalibus, ut nullatenus eas laici homines tenere debeant, sed per sacerdotes fiant . . . gubernatas.“*

[4] c. 21 cap. Langob. L. L. I. 86. Vgl. Boretius, *Capitularien 121.* Vgl. besonders auch c. 3 C. 2 q. 3: *„quod consecratur . . . ad ius pertinebit sacerdotum.“*

soll,[1] ersieht man am besten aus c. 2 Capit. Olonn. a. 823 (LL. I. 236): *„Statutum est, ut si quis liber homo per consensum episcopi sui ecclesiam in sua construxerit proprietate fontesque in eadem ab episcopo fuerint consecrati,*[2] *ideo non suam perdat hereditatem (proprietatem) sed si episcopus voluerit, officium sacri baptismatis in sua(m) transferatur ecclesia(m), ipsa vero ex qua transfertur in constructoris manet iure.“* Die Annahme einer Eigenthumsverschiebung bleibt hier überall schon deshalb ausgeschlossen, weil diese Stellen von der *potestas episcopi* sonst nothwendiger Weise im Sinne der Episcopaleigenthumstheorie verstanden werden müſsten, was nirgends gewollt ist.

§ 14.

Fortsetzung.

Das laicale Eigenthum an Pfarrkirchen hat besonders auf deutschem Boden eine eigenthümliche Entwicklung erfahren. Um den sich vielfach hieraus ergebenden unberechtigten, regierungsgewaltlichen Ansprüchen zu begegnen, setzte die Kirche seit dem 12. Jahrhundert eine umfassende Reorganisation in der sogen. Patronatsgesetzgebung ins Werk, welche es sich zum Ziel gesteckt hatte, die berechtigten Verdienste der Erbauer, Dotanten und sonstigen Wohlthäter der Kirche durch Einräumung kirchlich-öffentlichrechtlicher Befugnisse zu belohnen, anderntheils aber die Anschauung zu begründen, daſs diese Jurisdictionsrechte keineswegs der selbstverständliche Ausfluſs eines Eigenthumsrechtes, sondern ein von der Kirchengewalt ertheiltes Privileg seien. So liegt also dieser ganzen Gesetzgebung die oben entwickelte Anschauung zu Grunde, daſs das Eigenthumsrecht an Kirchen an sich keine *potestas gubernationis* gebe, sondern daſs diese von der Kirche erst verliehen und vernünftig umgrenzt werden

---

[1] Vgl. Hinschius, K. R. II. 624.

[2] Durch Aufstellung des Taufsteins *(fontes)* wurde nämlich die Kirche eine Tauf- oder Pfarrkirche *(ecclesia baptismalis).* Vgl. darüber auch ein Urtheil des Appellgerichts in Köln v. 9. Mai 1843 (Rhein. Archiv f. Civil- u. Criminalr. 35 Abth. I. S. 218). An der Eigenthumsfrage wird nichts geändert, mag der Bischof diese Qualität ertheilen oder nehmen.

müsse. Man vergleiche in dieser Hinsicht in den Decretalen III. 38 den Anfang des c. 3 *(ex conc. Lateranensi)*: *„Quoniam in quibusdam „locis fundatores ecclesiarum aut heredes eorum „potestate, in qua eos ecclesia hucusque susti- „nuit, abutuntur . .“*

den Anfang des c. 4: *„Quia in tantum quorundam laicorum processit „audacia, ut episcoporum auctoritate neglecta, „clericos instituant in ecclesiis et removeant etiam „quum voluerint, possessionem quoque atque alia „ecclesiastica bona pro sua voluntate plerumque „distribuant . .“*

Eine Decretale Alexanders III. (c. 20) nennt den *„dominus fundi“* Patron, und Clemens III. (c. 25) trifft eine Entscheidung: *„si quis ecclesiam cum assensu dioecesani episcopi construxit, ex eo ius patronatus acquirit.“* Wir finden Schritt für Schritt den engsten Zusammenhang zwischen *patronus* und *dominus*. Früher waren beide Ausdrücke identisch; vor der Patronatsgesetzgebung war der Patronat der Inbegriff der den Privateigenthümern an Kirchen zustehenden Machtbefugnisse, und noch später, als die kirchliche Gesetzgebung der Fundamentirung dieser Rechte auf dominiale Verhältnisse immer erfolgreicheren Widerstand leistete und dieselben als *„spirituali annexum“* [1] begriff, als das *dominium* also nicht mehr als selbstschöpferischer Rechtsgrund, und demgemäfs das Patronatsrecht nicht mehr als natürliche Folge, sondern als freiwillig und von Aufsen Verliehenes erschien, und als etwaige Eigenthumsverhältnisse nur die Bedeutung von rechtsvorbereitenden und veranlassenden Umständen hatten, verstand man unter dem Patronat den Inbegriff der nicht aus einer hierarchischen Stellung entspringenden kirchenrechtlichen Befugnisse schlechthin, gleichgültig, durch was dieselben veranlafst waren.

In den Decretalen Gregors IX. laufen die privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Anschauungen über die Natur des Patronats noch in- und nebeneinander, und man kann nicht immer mit Sicherheit entscheiden, ob derselbe als ein rein eigenthumsrecht-

---

[1] Alexander III. in c. 16 h. t. Vering (Lehrb. 1881, S. 476) schreibt diese Decretale Lucius III. zu.

liches, oder als ein möglicher Weise durch Eigenthum begründetes, publicistisches Rechtsinstitut begriffen wird. Der c. 35 C. 16 q. 1 spricht noch von den *„ecclesiis quae inter coheredes divisae sunt,"* und *c. 36 ib (ex concil. Tribur. a. 895 c. 32)*[1] trifft Vorkehrungen, *„si plures heredes contenderint de communi ecclesia."* Die hier principiell als zulässig erklärte Erbfolge in Kirchengebäude ist rein dominialer Art, und die Kirche begnügt sich damit, die aus etwaigen Erbstreitigkeiten sich ergebenden Unzuträglichkeiten dadurch zu beseitigen, dafs sie die Kirchen alsdann schliefst *(„auferri iubeat episcopus reliquias sacras, et ecclesiam claudi")*. Die *Capitula ad episc. c. 1 (Walter, fontes II.* 301*)* verfahren allerdings radicaler, indem sie bestimmen: *„Ne ullam penitus divisionem patiatur;"* selbstverständlich ist aber auch hiermit weder die passive Eigenthums- noch Erbfähigkeit verneint. Auf demselben Standpunkt steht c. 1 X. 3, 38 *(ex conc. Mediolanensi)*.[2] Die Bestrebungen, die durch die *cohereditas* etwa entstehenden Störungen der gottesdienstlichen Aufgabe zu vermeiden, legen dafür Zeugnifs ab, dafs die *hereditas* an Kirchen überhaupt als zulässig galt, keineswegs aber wohnt dem angezogenen Canon die Bedeutung inne, eine *cohereditas* an Kirchen von vornherein privatrechtlich unmöglich oder nichtig zu machen, wie dies deutlich aus der Fortsetzung erhellt: *„Et si in contentionem venerint (scl. coheredes) et simultates inter eos surrexerint, propter quas sacerdos suo ibi officio canonice fungi non possit, si aliter provideri non poterit, praecipiatur ab episcopo civitatis, ut nullo modo ibi missarum solennia celebrentur, donec illi ad concordiam redeant."*

Von entscheidender Wichtigkeit ist die von der herrschenden Ansicht gegen die passive Privateigenthumsfähigkeit der Kirchen ausgespielte Decretale Alexanders III. im c. 15 X. 3, 38.[3] Diese

---

[1] Diese Bestimmung ist auch in ausführlicherer Weise in die Decretalen aufgenommen: c. 2 X. 3, 38.

[2] *„Perlatum est ad nos, quod inter heredes ecclesiae, in rebus propriis constitutae, dividantur, et tanta per eandem divisionem simultas oriatur, ut unius altaris quatuor partes fiant, et singulae partes singulos habeant presbyteros, quod sine discordia et simultate nullo modo geri potest. Unde Nobis visum est, quod ecclesia inter heredes patroni dividi non debeat."*

[3] *Consuluit nos tua fraternitas, quid tibi faciendum sit de clericis, qui ecclesias constructas hereditario iure sibi vindicant, nec tibi volunt exinde respon-*

Stelle ist allerdings ganz dazu geeignet, irre zu führen. Die Decretale bespricht aber nur den Fall, dafs Cleriker vermeinen, mit der Erbschaft an Kirchen auch das Recht der priesterlichen Vorsteherschaft erlangt zu haben, und dafs Laien kraft ihres Eigenthums an Kirchen geistliche Verwandte *propria auctoritate* instituiren. Gegen diese Auswüchse eines bestehenden Eigenthumsrechtes macht Alexander Front mit der Erklärung: „*sanctuarium Dei iure hereditario teneri non possit,*" d. h. eine kirchengewaltliche Stellung wird nicht wie ein Vermögensrecht ererbt oder erworben. Hiermit steht die in der Decretalensammlung unmittelbar folgende Entscheidung Alexanders III. (c. 16 h. t.) im engsten Zusammenhang, dafs es „*inconveniens sit et inhonestum, vendi ius patronatus, quod est spirituali annexum.*" So hat also das *sanctuarium tenere, ecclesiam occupare sive concedere* nichts mit der Eigenthumsfrage zu thun,[1] sondern wendet sich vielmehr ausschliefslich gegen die aus dem Eigenthumsrecht hergeleiteten Uebergriffe auf das publicistische Gebiet der Kirche. In der That konnte dies, wie das Alexanders genialer Blick alsbald erkannte, nicht besser geschehen als dadurch, dafs das publicistische Patronatsrecht unter die Kategorie der *annexa spiritualia* gebracht, und der organische Zusammenhang zwischen *dominium* und *patronatus* zerrissen wurde. Dafs wir mit unserer Interpretation von *concedere ecclesiam* das Richtige getroffen haben, zeigt am besten der ebenfalls von Alexander III. herrührende c. 5 h. t.: „*De cetero tuae prudentiae res-*

---

dere, et de laicis, qui praescriptas ecclesias filiis vel nepotibus suis dare nituntur. Quum autem sanctuarium Dei iure hereditario teneri non possit et indignum sit penitus et absurdum, ut quilibet auctoritate propria ecclesiam occupet, vel taliter occupatam detineat: non decet aliquatenus sustineri, ut in episcopatu tuo vel clerici ecclesias a parentibus suis fundatas propria auctoritate detineant, aut laici filiis vel aliquibus aliis ecclesias concedant easdem."

[1] *Ecclesia* hat hier überall die Bedeutung von *dignitas.* In dieser Hinsicht ist das *dictum* des *Panormitanus (Comment. ad c. 4 X. 2, 12 Nr. 19)* von Interesse: „*clerici possident bona ecclesiarum nomine ecclesiae, sed ipsam ecclesiam seu dignitatem possidet quisque nomine proprio.*" Vgl. ferner c. 12, 17, 20 und 38 C. 16 q. 7. Ebenso ist es verkehrt, wenn Mooren (Eigenthum der Kirchhöfe, 92) den als Zeugnifs für die Parochialverfassung und die Güterspecialisirung verfafsten c. 1 C. 13 q. 1: „*Ecclesias singulas singulis presbyteris dedimus, parochias et coemeteria eis divisimus*" für die Uebertragung eines pfarrlichen Nutzungsrechts anruft, und damit ein Gräsereirecht der Pfarrer auf den Kirchhöfen begründen will. Vgl. S. 40.

pondemus, quod, si laici clericis vel collegiis de concessionibus vel donationibus instrumenta confecerint in haec verba vel similia: „concessi vel dedi ecclesiam et praesenti charta firmavi,“ si consensus episcopi non accesserit, nihil agi videtur, quia pro non dato habetur, quod ab illo datur, qui non potest de iure donare.“ Die Decretale behandelt nämlich den Fall *„si clericus idoneus ad vacantem ecclesiam praesentatus non fuerit ab episcopo diocesano admissus.“* Dieselbe Frage wird in den ebenfalls von Alexander III. herrührenden Decretalen c. 8, 10 und 11 entschieden, wobei sich wiederum der Papst der Wendung bedient: *„ecclesias dare,“ „sibi ecclesias vindicare,“ „ecclesias concedunt,“* und in c. 10 hat er den Entscheidungsgrund dahin formulirt: *„Non enim licet laicis clericos in ecclesiis praesumtione propria ordinare.“* Die sprachliche Scheidung wurde dann bereits durch Gregor IX. vollzogen (c. 31 h. t.): *„Ex vi iuris patronatus non concessio, sed praesentatio pertineat ad patronum;“* damit war das richtig erkannte Rechtsverhältnifs nun auch richtig bezeichnet, und es nahm, nicht mehr bedingt durch dominiale Verhältnisse, die kein gesetzgeberischer Ausdruck gelöst hat, denen aber nunmehr die natürlichen Existenzbedingungen entzogen waren, eine selbständige und vernünftige Entwicklung.

Es ist herrschende Ansicht, dafs die Patronatsgesetzgebung des Mittelalters die Aufhebung des laicalen Eigenthums an Kirchen verfügt habe.[1] Das ist falsch. Die Decretalen schliefsen mit keinem Wort ein weltliches Eigenthum an Pfarrkirchen aus, ebenso auch nicht die spätere Gesetzgebung, vielmehr suchen beide nur den *abusus* zu beseitigen, welcher sich auf Grund dieser laicalen Eigenthumsverhältnisse mit der Zeit herausgebildet hatte, und der seine praktische Spitze in der Verwirrung über die Competenz der Kirchenverwaltung und die *institutio clericorum* fand: Wenn es daher heifst: *„aedificator ecclesiae in ea nullum ius habere possit,“* so ist damit nicht, wie Hinschius[2] meint, das laicale Eigenthum

[1] Vergl. insbesondere Kaim, Kirchenpatronat I. 175. Phillips, K. R. VII. 645 ff., Lehrb. 3. Aufl. 278. Hinschius, K. R. II. 628 ff. u. Ztschr. f. K. R. 19, S. 229. Ficker, Eigenthum des Reichs am Reichskirchengut S. 65 ff. [13 ff]. Uhrig, Tüb. Theol. Q.-Schr. 1878, S. 583 ff., 587. Richtig dagegen O. Mittelstädt, *de iuris patronatus, quod reale dicitur, origine,* p. 22. Müller, 46.

[2] K. R. II. 628[4].

beseitigt, sondern nur die Geltendmachung eines auf das Eigenthumsrecht gegründeten Verfügungsrechts verboten.

Die Kirche war so klug, den Weg einer allgemeinen Zwangsenteignung nicht zu betreten und kein Seitenstück zur Säcularisation zu liefern. Sie begnügte sich praktischen Sinnes damit, die hervorragendsten Rechte des Eigenthümers in richtiger Ausübung des Selbsterhaltungstriebes zu beseitigen oder in ihrem theilweisen Belaſs anders zu begründen. So wurde ein Recht nach dem andern herausgepflückt, insbesondere das *ius regendi et gubernandi* bestritten,[1] das Eigenthumsrecht selbst aber blieb unangetastet: freilich wird es von jetzt an eine „*proprietas inutilis*,“[2] ein leerer Schall, eine todte Formel. Und wie sich noch nie eine gehaltlose Gestaltung auf die Dauer erhielt — die Geschichte hat sie alle hinweggeschwemmt — so ging es auch mit dem laicalen Eigenthum an Pfarrkirchen. Wenn es also die Absicht der Kirche gewesen sein sollte, das weltliche Eigenthum an den Kirchen und besonders an den Pfarrkirchen gänzlich zu vernichten, so hat sie dies auf dem beschriebenen Umweg in der Hauptsache erreicht. Es ist aber zu betonen, daſs bis heute ein das Laieneigenthum an Pfarrkirchen ausschlieſsendes Gesetz nicht besteht. Die Seltenheit eines solchen Eigenthums ist aber durch die gegebene Entwicklung, welche den Widerwillen der Kirche gegen den Einfluſs des Laien in Kirchensachen genügend kennzeichnet, sowie durch die schon früh entstandene Theorie von den civilrechtlichen Wirkungen der kirchlichen *consecratio* hinreichend erklärt, und es ist wohl anzunehmen, daſs hier auch die Verjährung das Ihrige gethan hat.

Man deducirt auch folgendermaſsen: Nach den kirchlichen Satzungen haben die Laien keine vermögensrechtlichen Verwaltungsbefugnisse in der Kirche,[3] um wie viel weniger kann ihnen das

---

[1] Vgl. insbesondere die bei Müller, 48 N. 5 mitgetheilte Stelle aus einem Brief des h. Bonifacius: „*Interrogatum est de laicis, qui ecclesias in suis proprietatibus construunt, quis ipsas debeat regere aut gubernare.*“ Vgl. auch S. 49, 53, 60, 61.

[2] L. 3 D. 7, 1.

[3] Beispielsweise führen wir an c. 12 X. 3, 13: „*Cum laicis quamvis religiosis disponendi de rebus ecclesiae nulla sit attributa potestas, quos obsequendi manet necessitas, non auctoritas imperandi.*“ Die auch mitunter angezogenen

Eigenthum an den heiligen Sachen zustehen. Diese höchst beliebte Schlufsfolgerung ist aber falsch. Denn das canonische Recht sagt allerdings, dafs das im Eigenthum der Kirche stehende Vermögen, also das Kirchengut, nicht Laienhänden angehört und nicht durch Laien verwaltet werden soll, verbietet aber nicht, dafs Laien das ihnen gehörende Vermögen, also das Nicht-Kirchengut, zu kirchlichen Zwecken verwenden, also z. B. gebrauchsweise *reservato dominio* einem kirchlichen Institut übergeben.[1] Es ist hier wieder die oben gegebene Definition von Kirchengut ins Gedächtnifs zu rufen und weiterhin zu betonen, dafs Verwaltungs- und Eigenthumsrecht verschiedene Begriffe sind. Wir kommen somit auch bezüglich der Pfarrkirchen mit Suarez zu dem Schlufs: „*nullum est ius ecclesiasticum, quo omnes privatae personae vel communitates humanae incapaces fiant talium rerum, eo ipso quod consecratae sunt.*"[2]

Die Pfarrkirchen sind allerdings ein nothwendiger Bestandtheil des heutigen kirchlichen Organismus. Die Kirchengewalt, welche das Gebot giebt, jeden Sonntag eine h. Messe zu hören und zur österlichen Zeit in der zuständigen Pfarrkirche das h. Sacrament des Altars zu empfangen, mufs selbstverständlich von dem ernsten Streben beseelt sein, den Bestand und die Zugänglichkeit der Pfarrkirchen von der Willkür der jeweiligen Eigenthümer unabhängig zu machen. Hierin stehen wir mit den Gegnern der passiven Privateigenthumsfähigkeit der Kirche auf demselben Standpunkt; wir verneinen aber, dafs man dem nur durch Ausschlufs des Privateigenthums gerecht werden kann.

Die deutsche Capitulariengesetzgebung des 8. Jahrhunderts bestimmte: „*De ecclesiis quae ab ingenuis hominibus construuntur, licet eas tradere, vendere, tantummodo ut ecclesia non destruatur, sed serviantur cotidie honores.*[3] In diesem „*serviantur cotidie honores*"

---

c. 21 C. 12 q. 2 und c. 57 C. 16 q. 1 enthalten blofse Saecularisations- und Confiscationsverbote.

[1] Vgl. auch v. Poschinger, 323[9].

[2] *Def. fid. cath.* IV. c. 19 § 5.

[3] Cap. Francof. v. 794 c. 54 L. L. 1, 75. Vgl. auch Ficker, 120 [68], wo noch Kirchen einem Laien zu Eigen gegeben wurden, so dafs er *liberam deinceps potestatem habeat tenendi, dandi, vendendi, commutandi, precariandi*

hat die Hand in Hand mit den Wünschen der Geistlichkeit gehende weltliche Gesetzgebung das Princip klar gekennzeichnet:[1] die Kirchen sollen Privatrechtsobjecte sein, aber die Commercialität hat ihre natürlichen Grenzen darin, daſs die Privatwillkür die Kirchen weder zerstören noch deren gottesdienstliche Benutzung verhindern oder erschweren kann. Freilich steht die Germanische Gesetzgebung noch auf dem naiven Standpunkt, daſs die volle Commercialität der *res sacrae* und die totale Ungebundenheit in der gottesdienstlichen Zweckerfüllung nebeneinander aufrecht erhalten werden könne. Diesem Fehler ist die römische Staatsgesetzgebung nie verfallen, und auch die spätere im Ressort der weltlichen Gesetzgebung thätige Kirchengesetzgebung hat in ihren Extracommercialitätsbestimmungen unter dem Titel „*de rebus ecclesiae non alienandis*“, worin es z. B. heiſst: „*alienatio, hypotheca, concessio, locatio conductio, infeudatio huiusmodi nullius omnino sint roboris vel momenti*“[2] diesen Anschauungen der Justinianeischen Codification bestimmten Ausdruck gegeben. Auch das Concil von Agde (506) c. 22 (c. 32 C. 12 q. 2) hat bereits in dieser Hinsicht die weitgehendsten Cautelen geschaffen, indem es bestimmte, daſs die Geistlichen „*salvo iure ecclesiae, rem ecclesiae, sicut permiserunt episcopi, teneant, vendere autem aut donare penitus non praesumant.*“ Die Extracommercialität der Kirche ist heute nicht bloſs im Gebiete des Gemeinen Rechts, sondern in sämmtlichen Particularrechten anerkannt, und die hier normirten Erwerbsbeschränkungen sind ein wirksameres Präventivmittel gegen die Zweckverirrungen der Kirchengebäude, als der Ausschluſs des Privateigenthums. Das Privateigenthum ist hier durchaus latent und gebunden. Vor allem

---

posteris relinquendi vel quicquid sibi placuerit faciendi, vereinzelt auch wohl *prout voluerit testamentum faciendi*. Bereits Papst Symmachus hat in einem Schreiben an Caesarius v. Arles diesen Miſsstand gerügt und den Anschluſs der fränkischen Kirche an die römische verlangt (Kunstmann, Canonensammlung des Remedius v. Chur, p. 7 und Ratzinger, Geschichte der kirchl. Armenpflege, S. 134). In *Conc. Epaon.* 517 c. 12 und *conc. Aurel.* III. c. 12 finden sich denn auch Veräuſserungsverbote, aber zur Zeit der Capitulariengesetzgebung waren diese Bestimmungen wieder in Vergessenheit gerathen. Vgl. auch Phillips, Lehrb. 3. Aufl. 275.

[1] Vgl. insbesondere auch l. 10 C. 1, 5.

[2] C. un. Extrav. comm. 3, 4.

schliefst der Geist der Gesetzgebung jede muthwillige Zerstörung aus, und der weltliche Eigenthümer kann ebenso wie der kirchliche nur in den vom Gesetz vorgeschriebenen Ausnahmefällen seine Kirche verkaufen oder verschenken. Es ist festzuhalten, dafs nach geltendem Kirchen- wie Civilrecht über die *res sacrae* von dem Privateigenthümer nicht blofs keine antikirchlichen Dispositionen getroffen werden dürfen, sondern dafs auch jedes Verfügungsrecht des Privateigenthümers zu verneinen ist, das dem bestimmten kirchlichen Zweck, zu dem er dieselben gewidmet hat, widerspricht![1] Die Hingabe eines Gebäudes zum Pfarrgottesdienst ist, falls nicht das Gegentheil ausdrücklich gewollt ist, eine dauernde, und die Sache geht mit dieser Widmung und nach dem ganzen Inhalt ihrer sacralen Bestimmung in die bleibende Verfügungsgewalt der kirchlichen Behörde über; es entsteht eine sacrale Dienstbarkeit,[2] so dafs sich aus dem privaten Eigenthumsrecht keine Dispositionsbefugnifs mehr herleiten läfst, welche mit der kirchlichen Verfügungsgewalt im Widerspruch stände. Das ist der Inhalt der so oft wiederkehrenden Bestimmungen: *ecclesiae sint* oder *consistant in potestate episcopi, ad ordinationem episcopi* oder *ad ius sacerdotum pertineant.*[3] Man sieht also, dafs das Privateigenthum an Pfarrkirken durchaus kein Hindernifs für dieselbe ist, dem gottesdienstlichen Zweck voll und ganz zu dienen, und so können wir nur noch einmal wiederholen, dafs die passive Privateigenthumsfähigkeit der Pfarrkirchen sowohl möglich als wirklich ist.[4] Man mufs aber auch hier wieder fest-

---

[1] In Consequenz dieses Grundsatzes bestimmt das preufsische A. L. R. II. 11 § 173 ganz allgemein: „Kirchengebäude, soweit sie zur Feier des Gottesdienstes und zu gottesdienstlichen Handlungen bestimmt sind, dürfen ohne die Einwilligung der Gemeine zu andern Zwecken nicht gebraucht werden.“

[2] Dieselbe Formulirung bei Müller, 125.

[3] Vgl. beispielsweise *Conc. Ticinense* a. 801 c. 21 (Pertz L. L. I. 81), c. 1 Dist. 96 in fine; c. 10 C. 16 q. 7; c. 3 u. 5 C. 10 q. 1. Besonders c. 3 C. 12 q. 2, eine bezeichnende Stelle, welche, dem Buche Leviticus, c. 27 v. 21 u. 28 entnommen, vielfach erwähnt wird (vgl. Müller, 8).

[4] In letzter Hinsicht sei nur darauf hingewiesen, dafs der Bischof von Hildesheim im Jahre 1875, besorgt um die Zukunft der Pfarrkirche zu Lüneburg sowie der Kirchen zu Harzburg und Verden, dieselben dem Frh. v. Boeselager-Heessen zu Hoellinghofen zu Eigenthum übertragen hat (Müller, 124). Man sollte darnach von den Curialisten eher eine Vertheidigung als eine Befehdung des Privateigenthums erwarten.

halten, dafs die ganze Entscheidung dieser Eigenthumsfrage nicht nach dem Kirchen-, sondern dem Civilrecht erfolgen mufs. Welche Sachen *extra commercium* und *extra dominium privatum* sind, das bestimmt der Staat und nicht die Kirche. Die rechtliche Befugnifs der Kirche beschränkt sich darauf, dem für den pfarrgottesdienstlichen Gebrauch bestimmten Gebäude infolge des Eigenthumsvorbehalts die Consecration zu verweigern oder nach erfolgter Consecration dasselbe zu profaniren. Wie sich die Eigenthumsfrage ausschliefslich an der Hand der staatlichen Gesetzgebung löst, so ist bezüglich der *consecratio-profanatio* die Kirche unabhängig und alleinbestimmend. Fühlt sich daher die Kirche bezüglich der Eigenthumsfrage nachträglich getäuscht, so mag sie immerhin die Bestimmung des *conc. Tribur. a. 895. c. 32* in Ausführung bringen: *„auferri iubeat episcopus reliquias sacras et ecclesiam claudi.“* [1] Ebenso mag die Kirche die Bestimmung treffen, dafs ein zur Pfarrkirche ausersehenes Gebäude beim Vorbehalt des Privateigenthums oder bei Nichtanerkennung des Kircheneigenthums nicht consecrirt werden dürfe. Auf diese Weise kann die Kirche das Privateigenthum an Pfarrkirchen wohl factisch verhindern, aber nicht juristisch vernichten. Denn eine gegen dieses Verbot geweihte Pfarrkirche befände sich im Privateigenthum, und der Kirche stände, wie gesagt, blofs frei, sie dem pfarrgottesdienstlichen Gebrauche zu entziehen und ihr den Charakter einer *res sacra* zu benehmen. Ein solches Verbot ist uns übrigens nicht bekannt. [2] Der kirchenrechtliche Standpunkt findet vielmehr seine

---

[1] c. 36 C. 16 q. 7. Vgl. auch c. 35 eod. und c. 2 X. 3, 38: *„tollat inde reliquias et sub magna cura honorifice collocet eas, atque eiusdem ecclesiae claudat ostia.“* Diese Vorschrift betrifft den Fall, dafs Erbstreitigkeiten über das Eigenthum resp. den Patronat einer Kirche bestehen, wodurch ein hochgradiger Zwiespalt *inter heredes et clericos* entsteht.

[2] Wir fanden überhaupt nur einmal im *corpus iuris can.* den Ausschlufs des *dominium laicorum* verfügt (c. 15 C. 10 q. 1); hier ist mit vollstem Recht verboten, *„ut nullo modo unquam oblationes, quae intra ecclesiam offeruntur, sub dominio laicorum detineantur.“* Viele hatten nämlich deshalb Kirchen gebaut, um als Eigenthümer derselben einen Theil der Oblationen zu beziehen. Diesem Unfug steuerte Damasus in dem angezogenen Canon, wie auch die Synode v. Coblenz v. J. 922 (Mansi, *Conc. coll.* 18, 343) bestimmte: *„si laici capellas proprias habuerint, a ratione et auctoritate alienum habetur, ut ipsi decimam accipiant“*, und so ist die ersterwähnte Bestimmung die einzige, welche

getreue Wiedergabe im 2. Plenarconcil v. Baltimore v. J. 1866 N. 187: *Nullam in posterum erigi ecclesiam aut consecrari, nisi fuerit episcopo, in cuius dioecesi erigenda est, in cultum divinum et utilitatem fidelium instrumento scripto adsignata, quandocunque id poterit.*"

§ 15.
Das fiscalische Eigenthum an Kirchen.

Ficker hat in einer geistreichen Abhandlung „Ueber das Eigenthum des Reichs am Reichskirchengute" [1] den Nachweis zu erbringen versucht, dafs alle sog. Reichskirchen, *„ecclesiae quae ad regnum pertinent,"* zu welchen er insbesondere die Abteien und Bisthümer rechnet, „als Eigenthum des Reichs aufgefafst wurden; dafs „demnach auch alle einzelnen Güter und Rechte der Reichskirchen „als Pertinenzen einer dem Reiche gehörenden Hauptsache im Ober„eigenthume des Reiches standen. Und da weiter gerade die Reichs„kirchen vorzugsweise im Besitze vieler anderen Kirchen und deren „Gutes waren, so würde darnach die Hauptmasse des Kirchengutes „überhaupt Reichseigenthum gewesen sein." [2] Wir glauben, dafs hierüber die Acten noch nicht geschlossen sind. Insbesondere vermifst man eine Begriffsbestimmung der „Reichskirchen im engeren Sinn." Die deutsche Rechtsgeschichte mufs vor allem zu sicheren Ergebnissen der Quellenterminologie der verschiedenen Autoren und Jahrhunderte gelangen und eine gröfsere Einigung über die geschichtlich wechselnde rechtliche Natur und den Umfang von Herrschaft, Vogtei, Patronat, Schutzeigenthum, Eigen, *proprietas, mundeburdium,* Regalien, Investitur, *traditio,* Hoheits- und Aufsichtsrecht erzielen. Jedenfalls bedarf es noch eingehender Untersuchungen, bis die von Ficker angeregte und wesentlich mit dem Investiturstreit zusammenhängende Frage ihre endgültige Lösung erfährt; bis jetzt wenigstens ist die Annahme Zöpfls und der namhafteren

---

ein *dominium laicorum* verbietet, ein neuer Beweis dafür, dafs gerade die Kirchen sich nicht selten im laicalen Eigenthum befanden.

[1] Sitzungsberichte der phil. hist. Classe der Wiener Akad. der Wissensch. 72, S. 55 ff. u. 381 ff. Auch separat erschienen, Wien, 1873. Letztere Ausg. citiren wir wie früher in Klammern.

[2] S. 61 [9].

Publicisten des vorigen Jahrhunderts, dafs im wesentlichen nur die Hoheitsrechte, nicht aber der gesammte private Besitz den Gegenstand der Belehnung der geistlichen Reichsfürsten bildeten, noch keineswegs überzeugend widerlegt. Uebrigens mufs Ficker selbst zugestehen: „Das Vorkommen des Verhältnisses überhaupt kann freilich noch nicht erweisen, dafs es überall zutraf;“ [1] auch mufs er zugeben, „dafs die einzelnen deutschen Bisthümer nicht in derselben Weise, wie die Reichsabteien oder wie aufserdeutsche Bisthümer als Eigenthum des Reichs bezeichnet oder behandelt wurden,“ [2] und dafs „es später insbesondere bei Bisthümern weniger üblich (wurde), die Kirche selbst als dem Reiche gehörig zu bezeichnen.“ [3] Mögen also spätere historische Forschungen in diese

---

[1] 104 [52]. — [2] 105 [53].

[3] 130 [78]. Die Ansichten Fickers von einer „Unfähigkeit der Kirchen zum Grundeigenthum nach germanischer, insbesondere fränkischer Rechtsanschauung“ (77 [25]), von einem blofsen „Nutzeigenthum für die Kirche“ (84 [32]), sowie die Meinung, dafs „Auflassungen an den Heiligen als Repräsentanten seiner Kirche“ immer nur „einzelne Güter und Rechte, welche dann einen Zubehör der Kirche bilden, nie aber die Kirche oder den *Fundus ecclesiae*“ in sich begriffen hätten (73 [21]), finden vor Allem nicht unsere Zustimmung; doch liegt dieses Thema von dem Zwecke unserer Arbeit zu weit ab, um näher darauf einzugehen. Gegen Ficker hat sich bereits Loening geäufserte (Geschichte des deutsch. K. R. II. 638 und 646). Ueber Grundeigenthums-Auflassung an Kirchen vgl. Gierke, II. 529[7]. Der übrigens von Gierke vertretenen Meinung, dafs die Ansicht vom göttlichen Eigenthum am Kirchengut ursprünglich nicht blofs eine sinnbildlich-populäre, sondern eine durch das Recht gewollte gewesen sei, können wir nicht beipflichten. S. 536 f. nimmt diese Auffassung eine noch zugespitztere Form an. Gegen dieselbe hat sich denn auch Loening ausgesprochen (II. 633), worauf Gierke (III. 243[1]) antwortete: „Meine Erörterungen beantworten nicht die Frage, was geltendes Recht war, sondern die Frage, wie von dem Bewufstsein der verschiedenen Zeiten und Kreise dieses geltende Recht angeschaut resp. construirt wurde.“ Wir sind aber trotzdem noch nicht überzeugt und glauben auch nicht, dafs für die damalige Zeit die Unterscheidung von juristischer Construction und Darstellung des geltenden Rechts besonders aufklärend ist. Wo sich das Recht nicht so sehr in Buchstaben verewigt, als sich in immer frischer Uebung verjüngt, da ist es sehr schwer zu entscheiden, ob wir es in einer Urkunde mit der Erscheinungsweise des Rechts oder nur mit dem Constructionsversuch eines Rechtsbeflissenen zu thun haben. Besonders bedenklich ist eine solche Unterscheidung bei den kirchlichen Eigenthumsverhältnissen.

verwickelten Verhältnisse immer mehr Licht bringen, und besonders die in den Quellen vielfach noch nicht recht zum Bewufstsein oder doch nicht zum klaren Ausdruck gelangte begriffliche Unterscheidung des staatshoheitlichen und des privatrechtlichen *dominium* bestimmter ausprägen — so viel ist heute bereits gewifs, dafs viele Kirchen schon im Eigenthum des Reiches standen, dafs man zu den verschiedensten Zeiten, sowohl vor als nach dem Investiturstreit, ein fiscalisches Eigenthum an Kathedralen und Pfarrkirchen gekannt hat.[1]

Was das moderne Rechtsleben betrifft, so waren besonders in Bayern bis 1870 viele Kirchen als Staatseigenthum eingetragen. Diese zum Theil auf der publicistischen Theorie beruhenden anormalen Rechtsverhältnisse erfuhren allerdings durch Rescr. des Finanzministers v. 24. Juni 1870 eine Abänderung, indem nunmehr die als Staatseigenthum eingetragenen Kirchen auf ihren eigenen Namen als auf den einer „juristischen Person" umgeschrieben wurden,[2] wie eine solche Umschreibung einige Jahre früher schon bezüglich vieler »Pfarrstiftungen« erfolgt war.

Wir haben ferner schon darauf hingewiesen, dafs der Staat infolge der Säcularisation von vielen Kirchen, insbesondere auch von Pfarrkirchen, Eigenthümer geworden ist. Mag die Säcularisation auch unerlaubt sein, so sind die durch sie geschaffenen Verhältnisse doch rechtsbeständig und gesetzlich. Wie oft war ferner eine Pfarrkirche nicht einem religiösen Institut incorporirt.[3] Die Säcularisation des letzteren ergriff dann selbstverständlich auch die erstere. Ebenso stehen die vielen für Anstaltsgemeinden bestimmten, z. B. in und mit den Gefängnissen erbauten Kirchen und Kapellen, sowie die mit vielen Staatsschulen verbundenen Kirchen mit der *res principalis* im fiscalischen Eigenthum.

Hier soll nur noch auf das Eigenthum der Garnison- oder Militärkirchen hingewiesen werden. Die Preufs. Militär-Kirchen-Ordnung vom 12. Febr. 1832[4] bestimmt in tit. VIII § 113: „Die eigentlichen Militär- oder Garnisonkirchen sind Eigenthum des

[1] Für die Justinianeische Zeit vergl. l. 10 C. 1, 5.

[2] Pastoralblatt der Erzdiöcese München, 1877, S. 127.

[3] Vgl. Hinschius, K. R. II. 442 ff.

[4] G. S. 69—104.

Staats."[1] Sämmtliche katholische Garnisonkirchen Preufsens (wie der anderen Staaten) sind daher wohl *res sacrae,* aber kein Kirchen-, sondern Staatsgut. Dieser Rechtszustand wurde durch die deutsche Reichsgesetzgebung nur insoweit geändert, als die Militärkirchen innerhalb Deutschlands nunmehr im Eigenthum des deutschen Reiches stehen. Das Gesetz vom 25. Mai 1873 „über die Rechtsverhältnisse der zum dienstlichen Gebrauche einer Reichsverwaltung bestimmten Gegenstände"[2] sagt nämlich im § 1: „Von allen dem „dienstlichen Gebrauche einer verfassungsmäfsig aus Reichsmitteln „zu unterhaltenden Verwaltung gewidmeten Gegenständen stehen „das Eigenthum und die sonstigen dinglichen Rechte, welche den „einzelnen Bundesstaaten zugestanden haben, dem Deutschen „Reiche zu." Die deutsche Reichsverfassung hat aber ein „Militärwesen des Reichs" geschaffen,[3] und die einzelnen Bundesstaaten haben „zur Bestreitung des Aufwandes für das gesammte Deutsche Heer und die zu demselben gehörigen Einrichtungen" zur Reichskasse Beiträge in einem fixirten Zahlfufs zu leisten.[4] „Die Verausgabung dieser Summe für das gesammte Reichsheer und dessen Einrichtungen wird durch das Etatsgesetz festgestellt,"[5] und die Ausgaben für Garnisonkirchen und Militärgeistliche bilden heute unter dem Titel »Seelsorge« einen Theil des deutschen Reichs-Militär-Etats. Die Garnisonkirchen stehen somit als die Gebäude, welche zur Ausübung der verfassungsmäfsig aus Reichsmitteln zu unterhaltenden Verwaltung, d. h. zur Ausübung der Militärseelsorge, bestimmt sind, im Eigenthum des Deutschen Reiches.

---

[1] Demgemäfs heifst es weiter: „und stehen ausschliefslich unter dem landesherrlichen Patronate, ihre Unterhaltung ist daher, da die Mitglieder der Militärgemeinde nicht zu Beiträgen dafür herangezogen werden dürfen, in allen denjenigen Fällen, wo die Einkünfte des Kirchen-Aerariums nicht dazu ausreichen, auf Kosten des Staats zu bewirken. Insoweit die desfallsigen Ausgaben für einzelne Kirchen nicht bereits etatsmäfsig fundirt sind, erfolgen selbige aus dem besonders dafür gebildeten Titel des Militär-Etats, der nach dem wirklichen Bedürfnisse zu dotiren ist." „Das Kriegsministerium . . . (führt) innerhalb der Vorschriften des Landrechts die Oberaufsicht über die Verwaltung und Verwendung des Kirchenvermögens und der Revenüen."

[2] R. G. B. 113—116.

[3] art. 4 N. 14; art. 57 ff.

[4] art. 62. — [5] art. 62, Abs. 3.

II. Abtheilung.

Der Eigenthümer der heiligen Sachen, welche zum Kirchengut gehören.

Allgemeines.

§ 16.

Die verschiedenen Theorien.

Die folgende Darstellung beschäftigt sich in besonderer Berücksichtigung der Kirchengebäude mit der epidemisch gewordenen Streitfrage, wer das „gleichsam unfindbar gewordene" Eigenthumssubject des Kirchenguts sei.

Die Controverse nach dem Eigenthümer des Kirchenguts hat mehr, als speciell die Sacraleigenthumsfrage, eine einseitige Lösung gefunden, und es mufs auf das Bestimmteste betont werden, dafs die vielen Theorien vorwiegend nicht ihren Ursprung in einem besonderen kirchlichen Eigenthumsbegriff haben[1], — wie Walter in der 13. Aufl. seines Lehrbuchs annimmt — sondern dafs dieselben auf die Unklarheit der Theologen und Canonisten über den Kirchenbegriff im letzten Grunde zurückzuführen sind. Förster[2] hat ferner Recht, wenn er klagt: „eine Einigung ist bisher um so „schwieriger gewesen, als nicht das wissenschaftliche Bewufstsein „allein dabei thätig war, sondern Nebenrücksichten mancherlei und „zwar nicht immer lauterer Art sich eingemischt haben." Die oben besprochenen Theorien von einem Eigenthum Gottes, der Armen, des Papstes, der Cleriker und Beneficiaten, des Staates und

---

[1] Von einem besonderen christlichen Eigenthumsbegriff kann man nur insofern sprechen, als Christus mit dem Eigenthum moralische (nicht wie der Communismus meint, rechtliche) Pflichten verknüpft, welche Einschränkungen in ihrer schärfsten Zuspitzung nach aufsen hin geradezu als Eigenthumsnegirung erscheinen, ohne es freilich zu sein; Aussprüche wie der Tertullian'sche *(de patientia c. 7): „Nihil enim nostrum, quoniam Dei omnia, cuius ipsi quoque nos"*, sind fromme Gedankenspäne, aber keine Rechtswahrheiten.

[2] Theorie der preufs. Gesetze über das Eigenthum am Kirchenvermögen (in Sukows »Prophet«, VIII. 230). Förster steht mit dieser Klage übrigens nicht allein.

der Commune, der Kirchengemeinde, der Gesammtkirche und der Einzelinstitute haben alle, wie aus Schulte, Hübler und v. Poschinger ersehen werden kann, vorwiegend einen kirchenvermögensrechtlichen Ursprung und erfuhren gerade hier ihre besondere Ausbildung. Nur Unklarheit über den Kirchenbegriff und Unkenntnifs des Dominialbegriffes überhaupt konnte es einem Antonius de Butrio (1338—1408) als dasselbe erscheinen lassen: *„sive dicas Christum, sive praelatum, sive ecclesiam universalem, sive particularem possidere, sive episcopum, sive alium praelatum, sive papam vicarium Christi.“* [1] Wie grofs oft die begriffliche Verwirrung war, davon liefert insbesondere die von Hübler S. 52 f. besprochene Auffassung Rofshirts einen sprechenden Beweis: Zunächst soll das Kirchengut hiernach herrenlos sein, also gar keinen Eigenthümer haben. Trotzdem gehört es Gott; nachher der einzelnen Kirche, die es den Geistlichen peculienweise concedirt. Endlich zeigen sich gar zwei Eigenthümer, ein nutzbarer: der betreffende Cleriker, und ein Obereigenthümer: die Kirche oder Gott. Im Gegensatz zu dieser in der „Geschichte des Rechts im Mittelalter“, 1846, I. 289 vorgetragenen Ansicht hat Rofshirt im Jahr 1850 (Aschbachs Kirchen-Lexicon III. 801) die allgemeine Kirche und zu gleicher Zeit die Nationalkirche, und zuletzt im Jahr 1857 in seinem „Can. Recht“, S. 488, die Armen als Eigenthümer des Kirchengutes erklärt. Hübler machte deshalb die treffende Bemerkung (S. 53): „Für die Zukunft bleiben ihm also nur etwa noch die Gemeinde- und die hierarchischen Theorien zur turnusmäfsigen Abwechslung übrig.“ Walter ferner, dessen grofse kirchenrechtliche Verdienste zu unterschätzen uns gewifs nicht einfallen soll, hat in den ersten 9 Auflagen seines Lehrbuchs des Kirchenrechts die kirchliche Gemeindetheorie und in den 3 folgenden Auflagen die Institutentheorie verfochten, um dann endlich in der 13. Auflage (1861) in die „vielbesprochene Lehre Klarheit und juristische Bestimmtheit zu bringen“ und — den Eigenthumsbegriff überhaupt als nicht anwendbar auf das Kirchengut zu erklären. Nach Mittermüller ist „Herr und Eigenthümer aller Kirchengüter im strengsten Sinn nur Gott, im

[1] Comment. (ad c. 4 X. 2, 12, nr. 9). Vgl. auch *Dominicus de Sancto Geminiano* (1. Hälfte des 15. Jahrh.): *lectura super decreto*, c. 13 C. 12 q. 1.

„minder strengen und gewöhnlichen Sinne ist es die ganze „Kirche oder der Papst, und in untergeordneter Weise jede „Particularkirche, kirchliche Gemeinde oder Anstalt," und diese Formulirung zieht er vor, „um Mifsverständnisse und Weitschweifigkeiten zu vermeiden." *(sic!)* [1]

Seitdem insbesondere Schulte seine ausgezeichnete Kraft in den Dienst der Institutentheorie gestellt, Hübler in seinem meisterhaften kritischen Umrifs deren Richtigkeit für das gemeine Recht anerkannt, und das umfassende Poschinger'sche Werk ein weitschichtiges Material zu deren Stütze erbracht hat — von den kleineren Arbeiten Brauns, Helles, und Lehmkuhls gar nicht zu reden — hat diese Theorie, was sich vor einigen Jahren auch in den preufsischen und badischen Kammerdebatten zeigte, unbestritten die Herrschaft. Gelegentlich der Berathung des preufsischen Kirchenvermögensverwaltungsgesetzes erklärte der Regierungscommissar Förster die Frage nach dem Kircheneigenthümer zwar für „eine theoretische Controverse oder Schulmeinung," — Reichensperger nannte sie eine »Doctorfrage«, [2] — die zu entscheiden „nicht als Aufgabe des Gesetzes angesehen werden kann," [3] glaubt aber doch, dafs „aus diesem Gesetz nur eine engere Controverse noch offen bleiben kann, nämlich ob es basirt auf der Theorie des Eigenthums der Kirchengemeinde oder auf der Theorie des Eigenthums der Anstalt der einzelnen Kirche." [4] Windthorst (Bielefeld) meinte:

---

[1] Bei v. Poschinger, 220 N. 4. Vgl. auch Winkler, K. R. 1862 II. 275: „Das Kirchenvermögen ist vorab Eigenthum Gottes, welchem die Kirche wie mit ihren geistlichen, so auch mit ihren zeitlichen Gütern angehört, dann ist es Eigenthum der Kirche, theils der resp. Diöcesankirche, theils der betreffenden Einzelkirche."

[2] Stenogr. (1875), S. 270.

[3] Es war der Antrag gestellt worden, einen § 1a einzuschieben: „Die Kirchengemeinde ist Eigenthümerin des gesammten in der Pfarrei vorhandenen kirchlichen Vermögens." Die Commission lehnte denselben aber ab, und Haucke sagt in dieser Hinsicht bei der 2. Lesung: „Man hat sich dafür entschieden, wofür auch die Commissarien der Regierung eingetreten sind, in einem Gesetz, welches nur Formales schaffen, nur die Organe der Verwaltung bilden soll, etwas Materielles nicht oben anzustellen" (Stenogr. 1439). Vgl. auch den Commissionsbericht, S. 5.

[4] Stenogr., S. 310 (15. Sitzung, 17. Febr. 1875).

„Der ganze Gesetzentwurf beruht auf der wichtigen Voraussetzung, dafs die Trägerin des kirchlichen Eigenthums, des kirchlichen Vermögens, die kirchliche Gemeinde sei.“[1] Dafs aber bei ihm (wie bei Förster)[2] die Theorie vom Kirchengemeindeeigenthum nur eine Reaction gegen die Gesammtkirchentheorie war und insofern nur ein negatives Resultat liefert, erkennt er selbst an: „Darauf kommt „es nun nicht an, ob man sich für die Kirchengemeinde oder „das einzelne kirchliche Institut entscheiden will . . . es kommt „nur darauf an, dafs die Idee eines Eigenthums der Gesammt- „kirche verworfen wird.“[3] Am bestimmtesten und rückhaltlosesten sprach sich Reichensperger im Sinne der Institutentheorie aus.[4] Auch in Baden, wo eine landrechtliche Praesumtion noch nicht den Blick trübte, bekannte sich anläfslich des Stiftungsgesetzes sowohl der Commissionsbericht der 2. (Grimm)[5] als derjenige der 1. Kammer (Herrmann)[6] zur Institutentheorie.

Wenn wir nun auch der Ansicht sind, dafs die letztgenannte Theorie das Verständnifs der kirchlichen Eigenthumsfrage am meisten gefördert hat, so halten wir sie doch ebenfalls für einseitig und deshalb verkehrt.

§ 17.

Der richtige Standpunkt.

Wir haben oben festgestellt: Kirchengut ist das Vermögen, dessen Rechtsträger der durch die weltliche Rechtsordnung anerkannte kirchliche Wille ist. Dem ist noch hinzuzufügen, dafs diese

---

[1] 14. Sitzung, 16. Febr. Stenogr. 275.

[2] Stenogr. 310: „Da mufs eine Betrachtung des Gesetzentwurfs, wie er jetzt liegt, klar machen, dafs die Theorie, wonach die allgemeine, die gesammte Kirche, oder wonach die Diöcesanverbindung oder der Bischof, oder wie sonst die Theorien sind, der Eigenthümer des Kirchenvermögens ist, durch dieses Gesetz direct ausgeschlossen werden.“

[3] Stenogr. 275 f. Haucke war hier exclusiv und kämpfte auch gegen die Institutentheorie (Stenogr. 1439).

[4] 16. Febr. 1875, Stenogr. 270. Ferner 1612.

[5] S. 24.

[6] Beil. N. 480 z. Protokoll der 23. Sitzung v. 12. März 1870, S. 426.

Anerkennung nicht gerade die Anerkennung als Person enthalten mufs, indem ja auch die vom Staat geschützten unzähligen Gesellschaften des modernen Lebens erwerben und besitzen. Dieses Gut ist Societätsgut und wird im Grunde nicht durch die Gesellschaft als solche, sondern durch eine Summe von Einzelwillen getragen, deren Theilbefugnifs sowohl beim Bestehen der Gesellschaft als besonders bei ihrer Auflösung ersichtlich wird. Uebrigens sind hier viele Abstufungen erkennbar. Am nächsten stehen den Corporationen die in II. 6 § 1 ff. des preufsischen A. L. R. besprochenen „Gesellschaften", welche zwar keine Corporationen sind, sich aber in der Tendenz, eine solche zu bilden, von den Societäten wesentlich unterscheiden. Diese Gesellschaften haben nach II. 11 § 14 „unter sich, so lange sie bestehen, die inneren Rechte der Corporationen und Gemeinen," Dernburg[1] nennt sie daher „corporative Gesellschaften." Sie „stellen aber im Verhältnisse gegen andere, aufser ihnen, keine moralische Person vor, und können daher auch, als solche, weder Grundstücke noch Kapitalien auf den Namen der Gesellschaft erwerben" (§ 13), doch ist ein Miteigenthum der Gesellschafter nicht ausgeschlossen, und steht der ersten Eintragung der zeitigen Mitglieder in das Grundbuch nichts im Wege.[2] Das Erbrecht vor Allem pflegt man — Sachsen macht allerdings eine Ausnahme — auf die körperlichen und unkörperlichen Personen zu beschränken; wenn aber Jacobson[3] die „Fähigkeit des Eigenthumserwerbes" überhaupt von „dem Besitze der (juristischen) Persönlichkeit" abhängig macht, so geht er zu weit.[4]

Die folgende Darstellung wird sich aber ausschliefslich mit dem Vermögen der unkörperlichen Personen der Kirche beschäftigen.

Wenn nun das Kirchenvermögen das Vermögen der kirchlichen Privatrechtssubjecte ist, diese aber die corporativ oder anstaltlich gebildeten und durch die Rechtsordnung anerkannten kirchlichen

---

[1] Preufs. Privatr. 4. Aufl. I. 130.

[2] Turnau, Grundbuchordnung, 186. Förster-Eccius, Preufs. Privatrecht, 4. Aufl. IV. 716.

[3] Evang. K. R. 635.

[4] Man vergleiche die sehr treffenden Ausführungen von Zöpfl in seinen »Bemerkungen« zum bad. Stiftungsgesetzentwurf, S. 15 f.

Willen sind, so löst sich das ganze Problem der Eigenthumsträgerschaft des Kirchenvermögens in die einfache Frage auf: welches sind diese, von der Rechtsordnung als Privatrechtssubjecte anerkannten kirchlichen Willen? Wo immer ein solcher nachweisbar ist, das ist ein kirchliches Eigenthumssubject, gleichgültig, ob es Anstalt, oder Kirchengemeinde oder Landeskirche u. s. w. heifst. So werden wir finden, dafs viele der als Kircheneigenthümer verkündeten Rechtsträger allerdings als ein, nicht aber als das Eigenthumssubject in Betracht kommen. Alle bisherigen Theorien, auch die Institutentheorie, sind falsch durch ihre Exclusivität. Letztere insbesondere, weil sie nicht blofs eine nationalkirchliche Privatrechtssubjectivität für verfassungswidrig hält, sondern auch eine kirchengemeindliche Persönlichkeit nicht anerkennt. Was sollte es aber heifsen, wenn der Staat verschieden geartete Willen (Anstalten und Corporationen) als Privatrechtssubjecte zu schützen verspricht, sie aber anderntheils nicht insgesammt wirkliche Rechte haben läfst, und nur einen einzigen derselben zum glücklichen Besitzer macht? Den anderen hilft doch nun ihre Rechtsfähigkeit gar nichts: „was er schuf, zerstört er wieder, nimmer ruht der Hände Streit." Es wird vor Allem auch ein innerer Widerspruch bleiben, wenn Schulte in seinen sämmtlichen Werken die Institutentheorie, insbesondere gegen die Gesammtkirchentheorie, vertheidigt und anderntheils in seinem Werke „Die jurist. Persönlichkeit der kath. Kirche, ihrer Institute und Stiftungen" für jedes Particularrecht den Persönlichkeitscharakter der Gesammtkirche erweisen will. Was heifst es ferner, wenn Helle[1] und Vering[2] sagen, Bayern und Sachsen hätten sich für die Institutentheorie erklärt, wenn nachgewiesen werden kann, dafs dort auch die Kirchengemeinden als Privatrechtssubjecte anerkannt sind und wirklich besitzen? Welchen Sinn hat es sodann, wenn dieselben in Preufsen und Württemberg die Stützen der Kirchengemeindetheorie erkennen, wenn hier auch die Rechtssubjectivität unzähliger Institute erweisbar ist. Unser Standpunkt ist somit unzweifelhaft richtig und von Richter-Dove,[3]

---

[1] 52.
[2] Lehrb. des Kirchenr. (2. Aufl.), 766 N. 3.
[3] 7. Aufl. 1079.

Jacobson,[1] Friedberg[2] und Gerlach,[3] welch letztere sich für die Institutentheorie aussprechen, — Gerlach im mifslungenen Compromifs mit der Gesammtkirchentheorie[4] — zwar noch nicht bestimmt gefafst, aber doch durch Folgerungen angedeutet.

§ 18.

Methode.

Die Methode, welche uns nunmehr vorgezeichnet wird, ist die, für die verschiedenen geltenden Rechte Deutschlands die kirchlichen unkörperlichen Personen zu ermitteln: wie viele Arten von Personen, so viele Arten von möglichen Eigenthumssubjecten des Kirchengutes.

Während wir nun die Aufzählung der einzelnen Personenkategorien unter dem jeweiligen Titel des betreffenden Landrechts hintereinander geben werden, halten wir es für zweckentsprechend, die juristische Persönlichkeit der Gesammt- sowie der Landeskirche, weil die Argumente für und gegen dieselbe in allen Rechtsgebieten dieselben sind und auf fast gleichlautende Rechtsquellen zurückgeführt werden, im Voraus und zwar zusammenhängend für sämmtliche Rechtsgebiete abzuhandeln. Das Resultat wird hier in der Hauptsache ein negatives sein. Dabei handelt es sich hier allüberall selbstverständlich nicht darum, ob die Gesammt- und Landeskirche Eigenthumssubject von jeglichem Kirchengut sei, also nicht um die Gesammt- und Landeskirchentheorie im alten Sinne,

---

[1] Evang. K. R. 641.

[2] Lehrb. des Kirchenr. 298: „Aber diesen Standpunkt (der Gemeindetheorie) haben nur einige Gesetzgebungen eingenommen, während die Mehrzahl auf dem canonischen (Anstaltsgut) beharrt. Doch steht natürlich juristisch weder für die katholische, noch für die protestantische Kirche etwas im Wege, dafs der Stifter eine Sache in das Eigenthum der kirchlichen Corporation oder der kirchlichen Anstalt übergehen lasse.“

[3] Lehrb. S. 263: „Wenn es aber auch unrichtig ist, die Kirchengemeinden als die Subjecte der kirchlichen Güter überhaupt zu betrachten, so kommt es doch vor, dafs nicht blofs Kirchen, sondern auch Kirchengemeinden kirchliches Eigenthum zusteht.“

[4] S. 262: „In so fern aber die verschiedenen kirchlichen Institute der allgemeinen Kirche sich unterordnen, kann man das Eigenthum der einzelnen kirchlichen Institute der Kirche selbst beilegen.“

sondern darum, ob diese Kirchen überhaupt eigenthumsfähig sind, also auch nur etwas zu Eigen besitzen können, mit anderen Worten um die Frage der unkörperlichen Persönlichkeit und folgeweise der blofsen Möglichkeit irgend eines gesammt- oder landeskirchlichen Eigenthums.

A. Negatives.

I. Die Unmöglichkeit einer gesammtkirchlichen Persönlichkeit.

§ 19.

Standpunkt der Controverse.

Der Persönlichkeitscharakter der Gesammtkirche war in der älteren Canonistik ebenso sehr ein Axiom, wie in der früheren Naturwissenschaft die Drehung der Sonne um die Erde. Erst die neueste Zeit rüttelte an diesem Dogma, und wir müssen sagen, dafs leider noch bis zur Stunde die alte Auffassung die canonistische Wissenschaft beherrscht.

Der energischste Gegner der Gesammtkirchen - Persönlichkeitstheorie ist Förster,[1] der mit dem Satz: „die allgemeine katholische oder protestantische Kirche ist keine Corporation,“ in den alten Bau die erste Bresche schofs. Sein Argument ist ein doppeltes: der Mangel des localen Elements und der concreten Gestalt: „Eine Corporation hat aber stets ein locales Element in sich, sie ist räumlich begrenzt. Die Allgemeine Kirche kann daher nicht Corporation sein, sondern nur die örtliche Kirchengemeinschaft . . .[2] Die Individualität (einer Persönlichkeit) ist ein ganz concretes Verhältnifs; es müssen also solche fingirte oder sogenannte juristische Personen eine concrete Gestalt haben . . . Die blofs gedachte, ideale Gemeinschaft aller Christen oder aller einem bestimmten christlichen

[1] Theorie der preufs. Gesetze über das Eigenthum am Kirchenvermögen (in Suckow: Der Prophet VIII. 233, 235 ff.). Vgl. auch Preufs. Privatr. 1875, IV. 400 N. 124.

[2] Vgl. Theol. Literaturblatt 1868, S. 115 ff.

Bekenntniſs angehörigen Gläubigen hat diese concrete Beschaffenheit nicht, . . . diese unsichtbare, so zu sagen, ungreifbare Gemeinschaft hat für den Staat und die äuſseren Verhältnisse des Lebens kein praktisches Interesse.“ Die geistverschrobenen Dorner'schen „kurzen Erörterungen der Rechtsfrage, wem das Eigenthum am Kirchengut zusteht,“ welche für ein Eigenthum des Staats plaidiren (S. 32), und deren Werth Schulte genügend damit kritisirte, daſs er eine einfache Blumenlese der einzelnen Kraftstellen gab, haben ebenfalls mit Rücksicht auf das locale Element die Persönlichkeit der Gesammtkirche geleugnet: „Eine juristische Person, die sich über die ganze Erde erstrecken und ideell wachsen könnte, giebt er nicht“ (S. 8). Ein weiteres Argument entnimmt dieser aus der anderen Falls gegebenen Nothwendigkeit, zu gestatten, „daſs die in einem einzelnen Staat bestehende dergleichen Kirchengemeinschaft von ihrem Vermögen etwas auſser Landes verwende. Dies geht aber vermöge des Rechtssatzes: *Cuius est regio, eius est religio,* d. h. wer Herr im Lande ist, der hat auch das Recht über die Kirche, nicht an“ (S. 49). Gierke leugnet die Persönlichkeitsnatur der Gesammtkirche unter dem Hinweis auf die Geschichte: „Die Kirche als Gesammtkörper wurde niemals mit eigener Rechtssubjectivität ausgestattet.“ [1] Auch Schulte zählt zu den Gegnern der gesammtkirchlichen Persönlichkeitstheorie: „Die allgemeine Kirche als solche ist, sobald man scharf juristisch und nicht allgemein reden will, gar kein Gegenstand einer juristischen Persönlichkeit auf dem Privatrechtsgebiet“, und er begründet diese Meinung mit den beiden Argumenten: „weil damit sofort ihre Allgemeinheit negirt würde, und eine Construction dieser auf der ganzen Erde befindlichen Person undenkbar ist.“ [2]

Schultes Auffassung bleibt sich jedoch nicht gleich, denn er vertheidigt, wie wir bereits erwähnten, gleich den meisten Institutentheoretikern im offenbaren Widerspruch mit dieser Theorie

---

[1] Deutsches Genossenschaftsrecht, III. 115.

[2] Die Erwerbs- und Besitzfähigkeit der deutschen kath. Bisthümer und Bischöfe, 1860, S. 33 (und 38 N. 59) u. in wörtlicher Uebereinstimmung, die jurist. Persönlichkeit der kath. Kirche, ihrer Institute und Stiftungen, 1869, S. 42.

„die juristische Persönlichkeit der katholischen Kirche“ — das heifst doch wohl der Gesammtkirche.[1] Puchta meint sodann: „Auch die Kirche ist eine juristische Person, theils im Ganzen, theils in ihren Bestandtheilen,“[2] und dieser Auffassung pflichtet Lehmkuhl, S. 7, der im Uebrigen auf dem Standpunkt der Institutentheorie steht, ausdrücklich bei.[3] Auch de Angelis nahm neuestens für die *ecclesia universalis* wiederum den Charakter der *„entia juridica“* in Anspruch, wie er dieselbe denn auch als Eigenthümerin des gesammten Kirchengutes ansieht.[4] Insbesondere haben sich auch Hübler und v. Poschinger für die juristische Möglichkeit eines Gesammtkircheneigenthums ausgesprochen. Letzterer ist weit davon entfernt, die Möglichkeit, sich die allgemeine Kirche als juristische Person zu denken, in Abrede stellen zu wollen,[5] und nach ersterem ist die Gesammteigenthumstheorie „weder politisch noch kirchlich unmöglich.“[6] Dafs schliefslich alle Gesammtkirchentheoretiker im alten Sinne die juristische Persönlickeit der Gesammtkirche vertreten, ist selbstverständlich, und fand insbesondere Hirschel Gelegenheit, in Anlehnung an Hübler und v. Poschinger über die „unsinnige Behauptung“ Försters und Dorners sein Verdict zu sprechen.[7] Einen ihrer bedeutendsten Vertheidiger hat aber die Universalpersönlichkeitstheorie in Brinz gefunden.[8] P. Reichensperger ferner meint sogar, es sei wohl kaum jemals bestritten worden, dafs der Kirche sowohl in ihrer Gesammtheit als in ihren einzelnen Pfarrsystemen und untergeordneten Gliedern seit Constantin dem Grofsen und der Justinianeischen Gesetzgebung die juristische

---

[1] Vgl. auch Schulte, Geschichte der Quellen, I. 101.

[2] Vorlesungen, § 26.

[3] Stimmen aus Maria Laach IX. 59.

[4] *Praelectiones iuris canonici t. II. p. I. 104.*

[5] S. 196.

[6] S. 97. Ferner 94—97.

[7] Archiv 34, S. 308 f.

[8] Pand. 1019. Nachdem er sich im Sinn der Institutentheorie ausgesprochen, fährt er fort: „Daneben bleibt freilich die Frage übrig, ob irgend ein Vermögen für die Kirche in Totalität nicht aufkommen könne, oder nicht in Wirklichkeit irgend eines existire. Die Möglichkeit scheint uns nicht verneint werden zu können, der Nachweis des wirklichen Vorkommens aber wäre erst zu liefern.“

Persönlichkeit, mithin das Recht, Eigenthum zu besitzen, beigewohnt habe und beiwohne, und dafs sie als solche in der That viel besessen hat." [1]

§ 20.

Corporations- oder Anstaltscharakter der Gesammtkirche?

Bevor wir in eine Kritik dieser Theorien eintreten, mufs uns die Frage beschäftigen, welche juristische Construction denn die Gesammtkirchenpersönlichkeit erfahren soll, ob sie als Corporation oder als Anstalt aufzufassen ist. Und da müssen wir nun sagen, dafs es nur eines Blickes in die Literatur bedarf, um hier sofort den principiellen Widerspruch der oft gar nicht als Gegensätze gefühlten Auffassungen zu erkennen.

Die herrschende Ansicht erklärt sich für die Corporationsqualität; [2] auch die Ausführungen Försters haben ja nur unter dieser Voraussetzung einen Sinn. [3] Der dogmatische Kirchenbegriff

---

[1] Das verfassungsmäfsige Recht der kath. Kirche, 24.

[2] So insbesondere Pertsch, Elementa § 884, 39. 19. Riegger, Institutiones III. 25 § 372. Rüttimann, Kirche u. Staat in Nordamerika, 95. Brinz, Pand., 2. Aufl., I. 202, 133. Maas an vielen Stellen des Archivs, Bd. IV., „Zum Frieden zw. Staat u. Kirche," 86, 88 ff. de Angelis *Praelectiones, t. II. p. I. 89, 91, 96, 104, 106 etc.* Hirschel, Archiv, 34. Evelt, Preufs. Civilr. 1860, S. 43. Reichensperger im »verfassungsmäfsigen Recht«, 57. Hellmann, das gemeine Erbrecht der Religiosen, 86, und früher v. Mosheim, K. R. der Protestanten, S. 479. Ulrichs, *de bonis eccl. 41,* v. Haller, Theorie der geistlichen Staaten, I. 203. In diesem Sinn hat auch Pius IX. in der Allocution vom 23. September 1860 alle Katholiken als Eigenthümer des Kirchenstaats bezeichnet *(„ad omnes catholicos pertineat"),* und neuestens pflegt diese juristisch völlig unbrauchbare Formulirung auf den Generalversammlungen der Katholiken Deutschlands regelmäfsig in einer Resolution aufgenommen zu werden. Uebrigens hält auch Martens, die Beziehungen der Ueber-, Neben- und Unterordnung (121), den Kirchenstaat für einen „Bestandtheil des Universalkirchenguts."

[3] Förster betrachtet in seinem preufs. Privatr. (1873) IV. 397 die Kirche allerdings unter dem Gesichtspunkt der Anstalt, doch rubricirt diese nicht unter dem S. 401 behandelten Stiftungsbegriff, sondern ist durchaus corporativ verstanden und deshalb als besondere Species der »Körperschaften« abgehandelt (§ 284). Das preufs. A. L. R. konnte wohl zu dieser einseitigen Auffassung führen, indem dieses da, wo sonst der Begriff der »juristischen Personen« abgehandelt zu werden pflegt, nur spricht „von Gesellschaften überhaupt und von

von der „Gemeinschaft der Gläubigen" wird einfach in das Privatrecht herübergenommen und erfährt dabei nicht selten eine so einseitige Deutung, dafs man alles Ernstes von dem Kirchenstaat als einem „Eigenthum aller Katholiken" spricht.[1] Wieder Andere sehen, wie wir schon II. 328 ff. ausführten, nicht so sehr den *universus coetus Christianorum* als nur den *coetus repraesentantium* als Gesammtkirchencorporation an, und gerade diese Autoritativ- oder Repraesentativgesammtkirchentheorie ist es, welche Schulte in der „Erwerbs- und Besitzfähigkeit" (33) bekämpft, und die ihn überhaupt zur Leugnung des Persönlichkeitscharakters der Gesammtkirche veranlafst: „Es sind also physische Personen, welche die leitende Kirche repraesentiren. Sollte diese Repraesentanz eine juristische Person auf dem privaten Rechtsgebiete bilden, so würde man damit die Collegialität der Kirche, die Verfassung des unter dem Papst verbundenen Episcopats als die einer *universitas personarum,* einer Corporation behaupten, hierdurch aber einen Grundsatz in die Kirche hineintragen, den sie nicht kennt."

Soweit wir sehen, war in der neueren Zeit Evelt der erste, welcher bei seinen Vertheidigungen der Gesammtkirchentheorie den Anstaltsbegriff zu Grunde legte,[2] und neuestens hat besonders Hübler für diese Auffassung eine Lanze gebrochen. Nach ihm bildet die Kirche „einerseits eine Gemeinschaft, nämlich die Gemeinde aller Gläubigen, sie ist aber andererseits auch eine Anstalt zur Vermittlung der göttlichen Gnaden. Als solche ist sie ausgestattet mit der ganzen, zur Verwirklichung ihres Zwecks erforder-

---

Corporationen und Gemeinen insonderheit" (II. tit. 6), und das Kapitel vom Kircheneigenthum abhandelt unter dem Titel „von den Gütern und dem Vermögen der Kirchengesellschaften" (II. tit. 11 § 160 ff.), wie sich auch in dem ganzen Titel 11 die „Rechte und Pflichten der Kirchen" immer nur als identisch zeigen mit denjenigen der »Kirchengesellschaften« (vgl. § 13 ff., § 58 ff., § 113 ff., § 939 ff., 1054 ff., 1057 ff., 1070 ff.).

[1] Vgl. N. 2 der vorigen Seite. So sollen auch nach einer bei Förster (Sukows »Prophet« VIII. 231, 225) näher besprochenen anonymen Brochüre „alle Katholiken Eigenthümer der saecularisirten Güter gewesen sein."

[2] Ueber den anstaltlichen Charakter vergl. auch Schulte, System 99 und 374. Richter-Dove (Lehrb., VI. Aufl.) § 1 und 94. Mejer, Institutionen des gem. Kirchenrechts (II. Aufl.). 4 ff. Hübler, 83, 95.

lichen Machtfülle, und als solche wird sie von der Theorie als Eigenthumssubject behandelt.“ [1]

Diese ganze Frage hat, was heute der Erinnerung völlig entschwunden zu sein scheint, was aber nach den vorzüglichen Untersuchungen Gierkes wieder zum Bewufstsein kommen mufs, eine lange Geschichte.

Die wissenschaftliche Entwicklung des Gesammtkirchenbegriffs hängt wesentlich mit der später zu gebenden Begriffsentwicklung der *ecclesia particularis* und *localis* zusammen.

Der Kirchenbegriff zeigte gleich anfangs eine corporative Gestaltung, und in dieser ward er auch bei der begrifflichen Ungeschiedenheit einer göttlichen, hierarchischen und civilistischen Befugnifssphäre der privatrechtlichen Auffassung zu Grunde gelegt. „*Corpus*“, „*coetus*“, „*collegium*“, „*consortium*“, „*congregatio*“, „*universitas*“, werden *promiscue* gebraucht. [2] Der Begriff der Gesammtkirche erschöpfte sich auch im Privatrechtssinn ganz in der „*congregatio fidelium*,“ wie die Glossen zu: c. 11 D. 31; c. 9 C. 24 q. 1; c. 2 Extrav. Joh. XXII. 1. 1 und Innocenz IV. zu c. 4 X. 2, 12 deutlich beweisen. Auch Placentinus [3] und Azo [4] sprechen sich für die corporative Rechtssubjectivität der Gesammtkirche aus; doch ist hier immer nur der publicistische und göttliche Rechtsträger gemeint, und Eigenthumssubject des Kirchenguts sind hier im Sinn der Institutentheorie die Localkirchen. [5] Der Anstalts- oder Stiftungsbegriff überhaupt ist erst ein Product langsamer und verhältnifsmäfsig spät zum Abschlufs gekommener Entwicklung, die, wie nicht genug betont werden kann, in erster Linie der Canonistik selbst ihren Ursprung und ihre Vollendung verdankt.

Für das Kirchenrecht bildet, was die alte Canonistik wohl verstand, die neuere aber vergessen zu haben scheint, der Begriff der unkörperlichen Person den Mittelpunkt. Es ist bekannt, wie die

---

[1] S. 95.

[2] Joh. Andreae sagte: „*universitas, communitas, collegium, corpus, societas sunt quasi idem significantia.*“ Vgl. Gierke III. 248, 247; betr. des röm. Rechts III. 66, sowie die dort (N. 114) erwähnten Schriftsteller.

[3] *Summa Codicis 1, 2, p. 3: „congregatio omnium fidelium rationabilium.“*

[4] *Summa Codicis 1, 2, nr. 4: „collectio omnium fidelium.“*

[5] Placentinus, l. c. p. 2. Azo, l. c. nr. 6.

Canonisten in Ausbildung dieser Lehre sich nutzbar machten und vom 13. Jahrhundert an geradezu die Führerschaft in ihrer Fortbildung übernahmen und ihr auf Jahrhunderte hinaus den Stempel des kirchlichen Geistes aufprägten.[1]

Der Kirchenbegriff bekam schon frühe, namentlich unter der speculativen Behandlung der Kirchenväter, das Gepräge eines rechtlichen Verbandsbegriffs, und in diesem ihrem gesellschaftlichen Bestande wurde die Kirche in gleicher Weise als eine in der Persönlichkeit Christi wurzelnde Lebenseinheit vorgestellt, wie sie als Trägerin des übersinnlichen Heilszweckes mit göttlichem Charakter bekleidet erschien. Dieses transcendente, doppelgliederige Verbandsganze ward dann weniger in Anlehnung an die antike, auf dem Gedanken des Organismus aufgebaute Gesellschaftslehre, als vielmehr im zielbewufsten Anschlufs an die Paulinische Allegorie[2] vom *mysticum corpus Christi* als lebendig-geistiger Organismus im Sinne der vollendetsten Persönlichkeit erfafst.

Nun schliefst ja der Gedanke des fertigen Organismus eine corporative Gestaltung nicht gerade aus, und durch alle Jahrhunderte hindurch behält der Gedanke der *congregatio fidelium* in der Gesetzgebung wie in der Doctrin thatsächlich praktische Geltung.[3] „Allein", so hebt Gierke (S. 110) richtig hervor, „mit der Scheidung des Clerus von „den Laien und mit der Entwicklung der Bischofsverfassung drückte „die alte Definition der Kirche als *congregatio* oder *coetus fidelium* „nur noch die passive Seite des Kirchenbegriffes aus, während „dessen active Seite in die durch das geistliche Amt dargestellte

---

[1] Gierke, III. 243.

[2] I. Corinth. 12, 4—28. Ephes. 1, 22 f.; 4, 10; 5, 23 u. 30. Rom. 12, 4—6. Coloss. 1, 24. Vgl. darüber Gierke, II. 546 ff., III. 248 ff.

[3] Auch nachdem die anstaltliche Entwicklung der Kirche bereits fertig vorlag, hatte die Corporationstheorie mit ihrer personificirten Collectiveinheit noch ihre Vertreter, und haben insbesondere die Differenzen über den dogmatischen Kirchenbegriff, mit welchem der civilistische Kirchenbegriff bei der Ungeschiedenheit dieser *termini* dasselbe Schicksal zu theilen pflegte, dafür gesorgt, dafs der kirchliche Corporationscharakter nicht in Vergessenheit gerieth. Vgl. z. B. die *„omnes collective sumpti"* des Gerson *(de potest. eccl. c. 10* und des Nicolaus v. Cues, *op. omnia Basil. 1565, II. c. 34)*, sowie die *„persona communitatis fidelium"* des Occam *(octo quaestiones, I. c. 11)*.

Heilsanstalt verlegt wurde.“ Nur unter dieser Annahme konnte Cyprian sagen: *„Unde scire debes, episcopum in ecclesia esse et ecclesiam in episcopo, et si quis cum episcopo non sit, in ecclesia non esse.“* [1] Das Wesen eines Organismus wird ja gewifs durch die Art seiner Grundstoffe bestimmt, mehr aber noch durch die das Ganze durchgeistigende und verbindende Einheit. So trat auch das genossenschaftliche Moment mit der Zeit zurück, und der Kirchenbegriff verlor sich mehr in der im Centrum dieses organischen Verbandsganzen errichteten göttlichen Heilsanstalt: hier sind die Wurzeln aller Kraft, nicht in der Einheit oder Gesammtheit der Mitglieder. Ueberall da, wo nicht so sehr die innere begriffliche Natur, sondern die nach Aufsen hin wirksame Verbandsseite betont wurde, vor Allem im Rechtsleben, trat daher der Gedanke einer Anstaltskirche gegenüber der Corporationskirche bedeutend in den Vordergrund. Dem klaren Auge mufste es aber ein Leichtes sein, den schliefslichen Sieg einer anstaltlichen Ausprägungstendenz von vornherein zu prognosticiren. Denn gegenüber der hierarchischen Gestaltung der Kirche, insbesondere dem Amte des kraft unmittelbaren, göttlichen Auftrags fungirenden Stellvertreters Christi, mufste eine genossenschaftliche Zusammensetzung und Bildung einer befugnifslosen Masse auf die Dauer ebenso bedeutungslos erscheinen, als in den Staaten des alten *regime* das den Staat bildende Volk gegenüber dem *l'état c'est moi* des Herrschers noch ein mafsgebender Factor war. Wie der Staat der Griechen und Römer, so hat auch der mittelalterliche Staat — letzterer nur in einer anderen Form — den Einzelmenschen absorbirt, nicht aber auf ihn im letzten Grunde die Berechtigung der Verbandseinheit zurückgeführt. Die rechtliche Befugnifssphäre der Augustinischen *„civitas coelestis“* mufste aber noch mehr als diejenige der *„civitas terrena“* diese Entwicklung nehmen, weil hier eine auf Grund der genossenschaftlichen Zusammensetzung in Scene gesetzte Reaction nicht blofs an der dogmatischen Verhärtung des göttlichen Anstalts- und Stiftungsbegriffes, sondern auch an der originären Selbständigkeit und auf keinem Verbandsauftrag beruhenden Gewaltsphäre der Hierarchie abprallen mufste.

---

[1] ep. 33 u. 66, 8.

Aus dieser Entwicklungsskizze ergiebt sich das Vernunftgemäfse, die dem kirchlichen Verbandsganzen beigelegte Rechtsfähigkeit nicht so sehr als die Rechtssphäre der den Verbandskörper constituirenden Gesammtheit, als der von Aufsen her durch einen göttlichen Stiftungsact ins Leben gerufenen Anstalt zu betrachten. Immerhin aber ist zu betonen, dafs der corporative Gedanke nicht begrifflich eliminirt, sondern nur durch die Macht der Entwicklung zurückgedrängt ist, freilich Grund genug, die juristische Construction nicht auf dieser Grundlage zu vollziehen. Wir sind dazu trotz der selbst heute noch vorkommenden körperschaftsfreundlichen Behandlungsweise des Kirchenbegriffs um so weniger gewillt, als, wie bei der später zu gebenden Entwicklungsgeschichte des Localkirchenbegriffs ersichtlich werden wird, selbst die ältere Doctrin beim Anerkenntnifs der vollendeten anstaltlichen Ausprägung für den Anstaltsbegriff immer noch eines corporativen Mäntelchens bedurfte; die vermögensrechtliche Gesammtkirche wirklich für eine Corporation zu halten, daran dachte Niemand.

Die Privatrechtsfähigkeit der Gesammtkirche als eine körperschaftliche aufzufassen, scheint endlich auch dadurch völlig ausgeschlossen zu sein, weil der Vermögensbedarf der Kirche nicht im entferntesten auf einer corporativen Basis beruht und ausschliefslich durch anstaltliche Bedürfnisse bedingt wird. So lange nun die juristische Technik noch kein Mittel bot, den wirklichen anstaltlichen Träger auch rechtlich als solchen zu begreifen, war die Auffassung der vermögensrechtlichen Kirche als Körperschaft resp. die corporative Drapirung der Anstalt berechtigt. Heute aber, wo der Anstaltsbegriff kein Leben unter fremder Hülle mehr zu führen braucht, wäre es Thorheit, wollte man ein Vermögensrecht der Gesammtkirche nicht direct durch die Anstalt, sondern durch die *congregatio fidelium* tragen lassen.

§ 21.

Kritik der gesammtkirchlichen Persönlichkeitstheorie.

Mit der anstaltlichen Auffassung der Gesammtkirche fallen die von den Gegnern der Universalkirchentheorie erhobenen Einwände, insbesondere die gegen den kirchlichen Corporationscharakter gerichteten Argumente Försters. Die Beweisführung des Letzteren

ist aber auch aus andern Gründen hinfällig: man mufs mit der katholischen Dogmatik völlig unvertraut sein, um mit Förster sagen zu können, die katholische Kirche habe keine „concrete Gestalt", sie sei „die blofs gedachte, ideale", die „unsichtbare, so zu sagen, ungreifbare Gemeinschaft" aller Christen. Es ist das katholische Dogma von der sichtbaren und organisirten Kirche bekanntlich einer der wesentlichsten Differenzpunkte des katholischen und evangelischen Glaubensbekenntnisses.

Mit der Annahme des Anstaltscharakters widerlegen sich ferner die Schulte'schen Bedenken, dafs „eine Construction dieser auf der ganzen Erde befindlichen Person undenkbar" und die Collegialität von Papst und Bischöfen im Sinne einer „juristischen Person" einen „Grundsatz in die Kirche hineintrage, den sie" — was wir zwar in dieser Allgemeinheit auch nicht acceptiren — „nicht kennt."

Wir müssen ferner der Schulte-Förster-Dorner'schen Auffassung widersprechen, dafs eine Corporation nothwendiger Weise „ein locales Element" in sich tragen und „räumlich begrenzt" sein müsse. Hübler hat darauf schon geantwortet: „Wäre es wahr, dafs „eine Gesellschaft *qua* juristische Person nicht über die Grenzen „eines bestimmten Staates hinausreichen dürfte, wie stände es dann „mit Corporationen, die sich theilweise oder gar in ihrer Mehrheit „aus auswärtigen Mitgliedern zusammensetzen?"[1] Die Rechtsbeständigkeit einer unkörperlichen Person ist mit Rücksicht auf eine Corporationsmitgliedschaft oder Stiftungsberechtigung in fremden Staaten nicht zu bestreiten, und auch ausdrücklich und folgeweise — wie z. B. in dem Erkenntnifs des O. A. G. zu Celle vom 8. Juni 1843 im Austrägalverfahren Kurhessens gegen Bayern und Sachsen-Weimar betr. mehrere in Fulda bestehende Stiftungen und Anstalten mit Vermögenscomplexen im Ausland[2] — anerkannt worden.

Wenn wir so die gegen den gesammtkirchlichen Persönlichkeitscharakter geltend gemachten Gründe für unzureichend erkennen, sind wir doch weit davon entfernt, an dem Beweisthema selbst zu rütteln: die Privatrechtspersönlichkeit der Gesammtkirche halten wir vielmehr für eine juristische Unmöglichkeit.

---

[1] S. 97. — [2] Roth-Meibom, Churhess. Privatr. 212.

Die Gesammtkirche käme hier in Betracht als Anstalt oder Stiftung. Wir haben nun früher dargethan, dafs der Personencharakter nicht schon durch das vorhandene Willenssubstrat gegeben ist, — das ist ja in der Gesammtkirche vorhanden — sondern dafs erst die Anerkennung der weltlichen Rechtsordnung die in dem Willen aufgespeicherte Befugnifssphäre in Wahrheit zur Rechtssphäre umprägt und damit die Persönlichkeit erst in Existenz treten läfst.

Diese Anerkennung kann der heutige Staat nach dem nunmehr geltenden Territorialitätsprincip nur den Personen seines Staatsgebiets ertheilen.

Keineswegs ist ausgeschlossen, dafs eine in Preufsen bestehende Corporation oder Anstalt auswärtige Mitglieder oder Anstaltszugehörden hat, wohl aber macht es die Logik des Territorialitätsprincips zur Unmöglichkeit, eine unkörperliche Person anzuerkennen, die nicht im Staatsgebiet ihren Sitz hat. Das sind nicht etwa blofs theoretische Scrupel, sondern wegen des mit der Anerkennungsbefugnifs verknüpften staatlichen Oberaufsichtsrechts eminent folgenwichtige Bedenken. Das trat so recht deutlich in dem oben erwähnten Austrägalerkenntnifs hervor, welches, obschon Vermögensbestandtheile der in Fulda constituirten Stiftungen in Bayern und Sachsen-Weimar belegen waren, und diesen Staaten resp. ihren Unterthanen Rechte auf Mitbenutzung zustanden, ein Oberaufsichtsrecht von Bayern und Sachsen-Weimar bestritt und dasselbe ausschliefslich Kurhessen zuerkannte, weil die betreffenden Anstalten in Fulda ihren Sitz hätten und somit „juristische Personen" Kurhessens wären.

Die Anerkennung involvirt ferner, wie wir gezeigt haben, eine Schutzpflicht. Diese ist allüberall anerkannt, gemeinhin sogar verfassungsmäfsig garantirt und eine „besondere Obhut des Staates" in Aussicht gestellt.[1] So betont schon Förster[2]: „Wenn nun die Kirche Eigenthum beansprucht, so folgt aus dem eben

[1] Vgl. Bayern, V. U. tit. IV. § 9; Sachsen, V. U. c. VI. § 60; Hannover, L. V. G. § 57 u. 63; Württemberg, V. U. § 70; Baden, V. U. § 20; Grofsh. Hessen, V. U. § 43; Meiningen, G. G. § 33; Altenburg, G. G. § 155; Coburg-Gotha, St. G. G. III. § 66; Braunschweig, N. L. O. § 216; Oldenburg, R. St. G. G. art. 77, 80; Anhalt, L. V. G. § 19; Schwarzburg-Sondershausen, V. G. § 20; Waldeck, V. U. § 42, 43.

[2] Sukows »Prophet«, 1846, S. 232 f.

„Gesagten, dafs sie in ein bestimmtes Verhältnifs zum Staat treten „mufs und zwar in ein solches, dafs er sie als Eigenthumssubject „gelten lassen und schützen kann." Glaubt nun aber wirklich ein Vernünftiger, dafs ein deutscher Staat in seiner V. U. gegenüber der doch auch zur Gesammtkirche gehörigen amerikanischen Kirche oder auch nur der Kirche eines anderen deutschen Staates eine solche Schutzpflicht anerkannt habe? Die Versuche, eine verfassungsmäfsige Verpflichtung der Staaten zur Befreiung des Kirchenstaates zu erweisen, dürften heute endlich als irrig erkannt sein. Ist dem aber so, dann ist die in der V. U. anerkannte und als schutzpflichtig erklärte Kirche auch nicht die Gesammtkirche.

Die Concordate und Verfassungsurkunden enthalten ferner Bestimmungen über die Leitung der katholischen Kirche. Wenn nun z. B. in dieser Hinsicht das Hannover'sche Landesverfassungsgesetz v. 6. Aug. 1840 im § 68 bestimmte: „In der römisch-katholischen Kirche gebührt den Bischöfen oder Administratoren der Diöcese Hildesheim und Osnabrück die Ausübung der Kirchengewalt", oder wenn es in der Württembergischen V. U. v. 25. Septbr. 1819 im § 78 heifst: „Die Leitung der inneren Angelegenheiten der katholischen Kirche steht dem Landesbischofe nebst dem Domcapitel zu," so liegt es doch aufser allem Zweifel, dafs unter der hier anerkannten „römisch-katholischen Kirche" nicht die Gesammtkirche, sondern nur die katholische Kirche in Hannover resp. Württemberg, also die Landeskirche verstanden sein will.

Die Anerkennung der Gesammtkirche als Privatrechtsperson von Seiten eines modernen Staates wäre anmafsend und nichtssagend. Denn für die rechtliche Zulässigkeit der Anerkennung bleibt es immer die Cardinalfrage: wo hat die Anstalt ihren Sitz, und da wird kein deutscher Staat die Prätension erheben können oder wollen, dafs die Gesammtkirche ihren Sitz in seinem Gebiet habe. Wo also die staatliche Gesetzgebung die katholische Kirche kurzhin als Person anerkennt, da ist nie die Gesammtkirche, sondern nur die katholische Kirche innerhalb des betreffenden Staatsgebietes, also die Landeskirche verstanden: nur diese kann der Staat anerkennen, und nur dieser gilt sein Schutz. Einzelne Staaten haben, gewollt oder ungewollt, diesem Gedanken auch einen verfassungsmäfsigen Ausdruck gegeben.

Schon die „Grundzüge zu einer Vereinbarung über die Verhältnisse der kath. Kirche in teutschen Bundesstaaten" sprechen im § 1 von der katholischen Kirche „als einer religiösen Gesellschaft im Staate."[1] Das Hannover'sche L. V. G. v. 6. Aug. 1840, sowie das Sächs. Gesetz v. 23. Aug. 1876 verstehen bei der Gewährleistung der Rechte der katholischen Kirche die „römisch-katholische Kirche im Königreich;" die Württembergische V. U. v. 25. Septbr. 1819 läfst diese Deutung ebenfalls zu, wenn sie auch nicht nothwendig darin enthalten ist, indem sie von den Rechten „der drei im Königreich bestehenden christlichen Confessionen" spricht, wie auch in der Bayrischen V. U. im tit. IV. § 9 nur von den „im Königreich bestehenden drei christlichen Kirchengesellschaften" die Rede ist. Die oben entwickelte Auffassung haben wir als die allein vernünftige überall vorauszusetzen, auch da, wo der Wortlaut der Gesetze hierfür keine ausdrückliche Handhabe bietet.

Die Stiftungspersönlichkeit der Gesammtkirche könnte nur durch eine Anerkennung von Seiten der italienischen Rechtsordnung oder besten Falls durch die publicistische Person des Kirchenstaats vermittelt werden. Dieser Nachweis ist aber noch nie versucht worden, und selbst wenn er geführt wäre, müfste immer noch erwiesen werden, dafs die deutschen Staaten dieser Anerkennung für ihr Terrain eine Bedeutung beigelegt haben. Denn die Gesammtkirche wäre dann für uns, mag es auch hart sein zu sagen, eine Stiftung des Auslandes, deren Rechtsfähigkeit für uns nur durch Genehmigung unserer Rechtsordnung wirksam werden kann. Es wäre also ein Doppeltes zu erweisen: erstens die Rechtsfähigkeit dieser Anstalt nach dem ausländischen Recht und zweitens die Anerkennung dieser Rechtsfähigkeit nach deutschem Recht. Es ist aber vor Allem darauf aufmerksam zu machen, dafs unsere Rechtsordnung, wo sie der Kirche ihren Schutz verspricht, nie eine ausländische, sondern immer eine inländische Stiftung meint; hier ist also nie die Gesammt-, sondern stets die Landeskirche gemeint, die allerdings nur in und mit der Gesammtkirche existirt, aber niemals mit der Gesammtkirche identisch ist.

---

[1] Beilage zum Protokoll der siebzehnten Zusammenkunft vom 30. April 1818. Abgedruckt bei Münch, Vollständige Sammlung aller ältern und neuern Concordate II. 338.

Wenn wir so die Privatrechtspersönlichkeit der Gesammtkirche leugnen, so ist auf der anderen Seite doch zuzugeben, dafs es gesammtkirchliche, d. h. im Dienst der Gesammtkirche stehende locale Institute giebt, welche Rechtsfähigkeit besitzen. Hierher gehört beispielsweise die Propaganda, welche eine der Gesammtkirche dienende örtliche Stiftung ist. Hierher zählt auch vor Allem das römische Bisthum (mit Vorliebe *„ecclesia Romana“* genannt), welches nicht selten im repräsentativ-autoritativen Sinn die katholische Kirche heifst, aber mit der Gesammtkirche ebensowenig identisch ist als ein anderes Bisthum.[1]

§ 22.

Fortsetzung.

Dafs man bis in die neueste Zeit das Dogma von der privatrechtlichen Persönlichkeit der Gesammtkirche festhält, hat seinen tiefsten Grund in der verkehrten begrifflichen Gleichsetzung und Ungeschiedenheit der dogmatischen, publicistischen und civilistischen Rechtssphäre. So lange dieser Glaube die Doctrin beherrscht, wird unser Thema nie eine wissenschaftliche Klärung finden.

Wir sind ja selbstverständlich nicht der Ansicht, dafs die civilistische Befugnifssphäre der Kirche oder überhaupt einer unkörperlichen Person ein Attribut staatlicher Macht ist, wir vertreten vielmehr gegen die Theorie der Staatsomnipotenz mit aller Bestimmtheit die Lehre von der originären Natur der Willensmacht; das Willenssubstrat hat nicht blofs einen vom Staat unabhängigen Ursprung, sondern auch eine ebenso selbständige Existenz; aber diese Befugnifssphäre ist ohne das Anerkenntnifs der Rechtsordnung keine Rechtssphäre. Da aber bei Personen des Privatrechts nicht von einer Privatbefugnifs-, sondern einer Privatrechtssphäre die Rede ist, kann man der ausdrücklichen oder

---

[1] Vgl. insbesondere v. Poschinger, S. 182 ff.; — c. 3 X. 1, 5: *„Consideravimus vero, quod eiusdem cardinalis praesentia utilior sit non solum Romanae sed etiam ecclesiae generali, tam apud apostolicam sedem quam apud ecclesiam Ravennatem“;* ferner heifst es in einem Brief des Papstes Innocenz III.: *„Dicitur universalis ecclesia, quae de universis constat ecclesiis, quae graeco nomine catholica nominatur. Et secundum hanc acceptationem vocabuli Ecclesia Romana non est universalis ecclesia, sed pars universalis ecclesiae, prima videlicet et praecipua veluti caput in corpore.“*

stillschweigenden staatlichen Anerkennung nicht entrathen, und ist für das Existentwerden einer Person die Anerkennungsfrage ebenso wichtig wie die Substratsfrage. Letztere steht nun bezüglich der Gesammtkirche recht günstig, und die entgegenstehenden dem Kirchenrecht entnommenen oder auf ein angebliches Localitätsprincip gegründeten Bedenken sind hinfällig: an dem negativen Resultat der Anerkennungsfrage aber wird der Persönlichkeitscharakter der Gesammtkirche immer scheitern.[1]

Ganz anders steht es bezüglich der publicistischen und besonders der dogmatischen Rechtssphäre der Kirche. Hier von einer begrifflichen Nothwendigkeit staatlicher Anerkennung zu sprechen wäre ein grofser Irrthum: die dogmatischen und originär-publicistischen Rechte leitet die Kirche ganz richtig direct von Christus her, und die dogmatisch-publicistische Kirche ist eine gottgewollte, geschlossene Verbandseinheit, gleichgültig, ob ihr Repräsentant auf den Höhen von Canossa oder in den dunklen Gängen der Katakomben lebt. Nur in diesem Sinn hat die von Seiten der curialistischen Canonisten beliebte Betonung der totalen Unabhängigkeit der Kirche eine Berechtigung. Man mufs keine Ahnung von dem himmlischen Beruf der Kirche haben, wollte man dem Staate das Recht zuerkennen, die Befugnifssphäre der Kirche auf dem dogmatischen Gebiete abzugrenzen. Hier ist eine principielle Scheidung von Zweck und Aufgabe der beiden Gewalten, und diese tiefe Kluft wird kein rationalistisches System überbrücken.

Die tiefgehende Verschiedenheit der dogmatischen und der civilistischen Rechtssphäre der Kirche hat aber auch die staatliche Gesetzgebung erfafst. Wie diese die kirchliche Privatrechtssphäre mit dem bürgerlichen Rechte bemifst und sie von dorther ressortiren läfst, so betont sie die vollständige Unabhängigkeit der dogmatischen Kirche von dem weltlichen Recht. So bestimmt die Bayrische

---

[1] Savigny, System II. 265: „Es lag also sehr nahe, diese Einheit auch auf die Vermögensverhältnisse zu übertragen, und diese Auffassung findet sich in ganz verschiedenen Zeitaltern sowohl in der Lehre von Schriftstellern, als in dem Gefühl und der Ausdrucksweise einzelner Urheber von Stiftungen . . . Allein bey genauerer Betrachtung mufste man sich überzeugen, dafs auf dem an sich nothwendig beschränkten Rechtsgebiete diese Auffassung völlig unbrauchbar sey.“

V. U. im tit. IV. art. 9, Abs. 6: „Die Kirchen und Kirchengesell-„schaften sind in ihren bürgerlichen Handlungen und Beziehungen, „wie auch in Ansehung des ihnen zustehenden Vermögens den Ge-„setzen des Staates und den weltlichen Gerichten untergeben," während der Abs. 5 erklärt, „die geistliche Gewalt darf in ihrem eigentlichen Wirkungskreise nie gehemmt werden, und die weltliche Regierung darf in rein geistliche Gegenstände der Religionslehre und des Gewissens sich nicht einmischen." Den schärfsten Ausdruck findet diese Auffassung in dem Oldenburgischen „Revidirten Staats-grundgesetz" v. 22. Novbr. 1852, art. 76: „Neue Religionsgesell-schaften dürfen sich bilden; einer Anerkennung ihres Bekennt-nisses durch den Staat bedarf es nicht;" nach art. 77 aber können sie „Corporationsrechte" „nur durch ein Gesetz er-halten." [1]

[1] Nach der Sächs. V. U. v. 4. Septbr. 1831 bleiben „die Anordnungen in Betreff der inneren Angelegenheiten der besonderen Kirchenverfassung einer jeden Confession überlassen" (§ 57 Abs. 2), doch sind die Kirchen „in ihren bürgerlichen Beziehungen und Handlungen den Gesetzen des Staats unterworfen." Vgl. auch die Württemb. V. U. v. 25. Septbr. 1819 art. 71: „Die Anordnungen in Betreff der inneren kirchlichen Angelegenheiten bleiben der verfassungsmäfsigen Autonomie einer jeden Kirche überlassen." — So hatte auch die Preufsische V. U. v. 31. Jan. 1850 in dem durch das Gesetz v. 5. April 1873 modificirten art. 15 der Kirche die „selbständige" Verwaltung ihrer Angelegenheiten gewährleistet, sie aber, insbesondere auf dem Gebiete des Vermögensrechtes (Abs. 2), „den Staatsgesetzen und der gesetzlich geordneten Aufsicht des Staates unterworfen." Die Fassung selbst allerdings ist unpräcis, — mehr als die parallellaufenden Bestimmungen irgend einer anderen Verfassungsurkunde — und sie gab zu den heterogensten Auffassungen Veranlassung; infolgedessen wurde der Art. 15 (mit art. 16 u. 18) durch Gesetz v. 18. Juni 1875 aufgehoben, ohne aber dafs dadurch eine Aenderung des materiellen Rechts beabsichtigt worden wäre. Die Regierung beantragte die einfache Streichung der betreffenden Paragraphen, „weil ihren Schritten der Einwand entgegengesetzt wurde, dieselben verstiefsen gegen diejenigen Bestimmungen der V. U., welche den Religionsgesellschaften die selbständige Verwaltung ihrer Angelegenheiten zugewiesen habe" (Motive, Actenstücke N. 228, Anlage II. S. 1513); als Zweck der Streichung wurde angeführt, dafs man für die weitere kirchenpolitische Entwicklung freie Bahn wünsche. Das Gesetz vom 18. Juni 1875 schafft also in der V. U. ein Vacuum, und man kann sich nunmehr weder für noch gegen auf art. 15 berufen: der dort ausgesprochene Grundsatz steht jedoch vor wie nach noch in wirklicher Geltung, wenn auch die bedauerns-

Die dogmatische Persönlichkeit der Kirche — wenn die Anwendung dieses juristischen *terminus* in der Dogmatik überhaupt gestattet ist — ist neben und aufserhalb des Staates: eine gesammtkirchliche Persönlichkeit ist hier nicht ausgeschlossen, übrigens aber von den Theologen auf ihren corporativen oder anstaltlichen Charakter zu prüfen. Als privatrechtliche Person steht aber die Kirche in und unter dem Staat, und damit ist die Persönlichkeit der Gesammtkirche auf dem civilrechtlichen Gebiete ausgeschlossen. Der dogmatische Kirchenbegriff mufs seiner Natur nach ein für allemal gegeben sein, der civilrechtliche aber hat, wie wir sahen, eine längere Entwicklung hinter sich, und ist, was die dogmatische Kirche nicht ist, ein Erzeugnifs des Rechtstriebes. Diese beiden Begriffe sind daher scharf auseinanderzuhalten. Gesetzt auch, die Gesammtkirche wäre eine Privatrechtsperson, so müfsten wir uns doch für den Anstaltscharakter derselben entscheiden, während vielleicht die theologische Dogmatik eine corporative Gliederung oder die Nichtanwendbarkeit der juristischen Terminologie erweist. So gewifs der Fiscus eine andere juristische Ausprägung haben kann als der Staat, mit dem derselbe im letzten Grunde dasselbe Substrat hat, so gewifs kann die Kirche auf dem Gebiete des Privatrechts eine andere Formbildung aufweisen, als die Dogmatik

---

werthe Folge nicht ausgeschlossen ist, dafs die Regierung im contradictorischen Gegensatz zu demselben, da ihm nunmehr die gesetzliche Formulirung fehlt, ihre Mafsnahmen trifft. Der durch das angeführte Gesetz bewirkte Zustand ist ein unfertiger und mufs bei der Neuregulirung der kirchenpolitischen Verhältnisse beseitigt werden. Durchaus verfehlt würde es aber sein, wenn man die alte, vieldeutige Formulirung einfach wieder in Aufnahme brächte und die früheren Unklarheiten sanctionirte. Diese abstract-collectivistische Methode ist heute durch die Ereignisse überholt, und wir halten eine casuistische Rücksichtnahme auf die in den letzten 10 Jahren brennend gewordenen Fragen für geboten und wünschen, dafs das so gewonnene Resultat an Stelle der aufgehobenen Artikel in der Verfassungsurkunde Aufnahme finde. So lange durch die Gesetzgebung nicht jeder Zweifel gehoben ist, was alles unter die Rubrik „ihre Angelegenheiten“ fällt resp. nicht fällt, ist die einfache Wiederaufnahme des art. 15 nicht blofs unnütz, sondern auch gefährlich. Einige man sich also über die schwebenden Fragen und verewige die jenem Friedensinstrument zu Grunde liegenden Principien sodann in der Verfassungsurkunde. Das erst giebt Klarheit und Sicherheit, die einfache Wiederherstellung des gestrichenen Artikels aber bringt nur neue Verwicklungen.

bestimmt. Eine Differenz ist um so wahrscheinlicher, als der dogmatische Kirchenbegriff, mit Unwandelbarkeit bekleidet, die Entwicklung ausschliefst, der civilistische Kirchenbegriff aber als ausschliefslicher Rechtsbegriff durch den Fortschritt der Zeiten bedingt ist.

II. Die Nichtwirklichkeit der landeskirchlichen Privatrechtspersönlichkeit.

§ 23.

Die Regel.

Die Möglichkeit einer landeskirchlichen Persönlichkeitsbildung ist vollauf gegeben; ganz anders steht es aber, wenigstens im Allgemeinen, mit der Wirklichkeit.

Mögen wir zunächst mit Dernburg [1] der Ansicht sein, dafs den „juristischen Personen" um des Vermögens willen Rechtsfähigkeit beigelegt wird, oder die Auffassung Försters [2] theilen, dafs denselben der Persönlichkeitscharakter zugestanden wird, infolgedessen sie Vermögen haben können, so viel steht fest, dafs ein wirkliches landeskirchliches Eigenthum bis jetzt noch nicht nachgewiesen werden konnte. Wir können uns für den einzelnen concreten Fall allerdings sehr gut eine (unkörperliche) Person denken ohne Vermögen; dafs aber die mit der Persönlichkeitserklärung verbundene Absicht oder die in derselben enthaltene Folge des Vermögensbesitzes bei der Landeskirche niemals und nirgends in Erscheinung trat, läfst darauf schliefsen, dafs hier von einem Bedürfnifs keine Rede sein kann. Diesem wird vollauf genügt in den Centralkirchen- und kirchlichen Landesfonds: nur des Beispiels wegen sei auf den „Centralkirchenfonds" des früheren Herzogthums Nassau, [3] den in Aussicht gestellten Württembergischen „Kirchenfonds," [4] sowie bezüglich der evangelischen Kirche auf den

[1] Preufs. Privatrecht 1871, I. 83.

[2] Preufs. Privatrecht 1875, IV. 374.

[3] Das Gründungsinstrument ist abgedruckt bei Schulte, die Erwerbs- und Besitzfähigkeit, 112 ff.

[4] V. U. § 82.

preufsischen „Centralfonds,“ den schlesischen „Land-Dotationsfonds“, den Meiningen'schen „Kirchen- und Schulfonds,“ [1] sowie den Braunschweigischen „Klosterfonds“ hingewiesen, dessen Reinertrag „für Kirchen, Bildungsanstalten und wohlthätige Zwecke“ des Landes verwendet werden soll. [2] Diese Fonds sind landeskirchliche Stiftungen, nicht aber die privatrechtliche Landeskirche selbst. [3]

Zur Persönlichkeit gehört erstens ein vorhandenes Willenssubstrat, das sich bei der Stiftung durch Abzweigung des Stifterwillens bildet, und zweitens die Anerkennung desselben durch die Rechtsordnung. Was das erstere anlangt, so ist bekannt, dafs es die Curie stets verstanden hat, nationale Verselbständigungen der einzelnen Landeskirchen zu verhindern. Diese allerdings nur gegen die dogmatische und die publicistische Decentralisation gerichteten päpstlichen Bestrebungen hatten zur Folge, dafs sich für eine etwaige landeskirchliche Privatrechtsfähigkeit das nöthige Substrat nicht besonders entwickelte, indem ja, wie die juristische Dogmengeschichte zeigt, die Privatrechtspersönlichkeit sich in der Regel erst an einen publicistischen Rechtsträger anlehnte. Eine privatrechtliche Landeskirche ist allerdings auch im Hinblick auf die strengste dogmatische und publicistische Einheit der Kirche recht wohl denkbar. Denn mag auch der historischeBildungsprocefs die engsten Beziehungen der publicistischen und civilistischen Verbandseinheiten erweisen, begrifflich betrachtet, kann das eine sehr wohl ohne das andere bestehen. [4] Es

---

[1] Gr. G. § 33. — [2] N. L. O. § 219 ff.

[3] Die entgegenstehende, besonders für Nassau vertheidigte Ansicht: „in dem Centralkirchenfonds habe die katholische Kirche dasjenige Subject erhalten, welches ihre Persönlichkeit repräsentire,“ ist von Schulte (Erwerbs- und Besitzfähigkeit) erfolgreich zurückgewiesen. Vgl. auch dessen Jur. Persönlichkeit 102 N. 19.

[4] Wenn also Edg. Loening in seiner »Entgegnung« auf eine Abhandlung Prestinaris („die kirchlichen Stiftungen,“ Zeitschr. für bad. Verwaltung, 1869, S. 273 ff.) mit Berufung auf Richter, Schulte und Mejer meint: „Die katholische Kirche kennt keine Landeskirchen. Nach dem Ausdrucke von Schulte ist eine römisch-katholische Landeskirche juristisch undenkbar,“ so gilt dies doch nur von der dogmatischen Kirche, und Prestinari hat darauf replicirt: „Dafs die katholische Kirche keine Landeskirche kennt, wird Niemand bestreiten. Die Staaten kennen aber Landeskirchen, auch katholische, indem sie mit der katholischen Kirche, nur soweit sie innerhalb ihres Gebietes sich befindet, in Beziehung treten und nicht zugeben, dafs das innerhalb ihrer Grenzen befindliche Ver-

dürfte freilich eine katholische Nationalkirche in unserm Sinn nicht mit einer protestantischen Landeskirche auf eine Stufe gestellt werden. Letztere hat eine ureigene und unbedingte Selbständigkeit, sie ist für die Protestanten des betreffenden Landes die Kirche schlechthin; die katholische Landeskirche wird aber nur durch ihre nothwendige und verfassungsmäfsige Verbindung mit der Gesammtkirche existent und behält nur mit dieser Zusammengehörigkeit Bestand. Die katholische Kirche in Preufsen ist nicht die Gesammtkirche, sondern die Localisirung derselben; sie ist nicht das Ganze, vertritt es aber und bringt es zur Erscheinung innerhalb der staatlichen Grenzen. Man sieht, gegen diesen, insbesondere auch für das Privatrecht verwendbaren Nationalkirchenbegriff läfst sich ein theologisches Bedenken nicht erheben; aber die nach vielfältigen nationalen Bewegungen befestigte Auffassung der Curie, dafs der Bildung von Nationalkirchen im Keime und schlechthin begegnet werden müsse, erwies sich, vielleicht unbewufst, auch für eine privatrechtliche Neugestaltung als wirksam, und so vermissen wir heute ein im einzelnen entwickeltes landeskirchliches Willenssubstrat durchaus: es ist vorhanden, aber noch kaum gestaltet.

Wie soll man eine Landeskirche juristisch construiren: als Corporation oder als Stiftung?

Die corporative Auffassung wird durch den verfassungsmäfsig allen katholischen Landesangehörigen in gleicher Weise zugesagten Schutz am nächsten gelegt. Das Oldenburgische R. St. G. (art. 77), das Anhalt'sche L. V. G (§ 18 Abs. 2) und die Waldeck'sche V. U. (§ 41) nennen die Landeskirche geradezu eine »Corporation«. Sieht man sich aber die Stellen genauer an, so regeln dieselben doch immer nur die öffentlich-rechtliche Stellung der verschiedenen Kirchen in Rücksicht auf die Freiheit ihres Bekenntnisses, der politischen Gleichheit ihrer Angehörigen u. dgl. Was die eine Verfassungsurkunde hier »Corporation« nennt, erscheint bei der andern als »Religionstheil«, »Religionspartei«, »Confession«, »Religionsgenossenschaft«, »Religionsgesellschaft«, »Kirchengesellschaft« u. s. w. Die Construction der katholischen Landeskirche für das

---

mögen der Kirche auswärts verwendet werde.“ (Zeitschr. f. bad. Verwaltung, 1869, S. 301).

Gebiet des Privatrechts als Corporation wird aber auch dadurch erschwert, weil bei derselben jegliche Organisation fehlt.[1] Der preufsische Staat kann z. B. nur verhandeln mit den einzelnen Bischöfen als den Vertretern der katholischen Gesammtkirche in ihrer Diöcese oder aber mit dem Papst als dem Vertreter der Gesammtkirche und somit auch der kath. Kirche in Preufsen.

Die Primatenstellung hat heute keine praktische Bedeutung mehr, ist vielmehr nur noch ein *primatus honoris*. Bei dem Feste der Japanesischen Martyrer im J. 1867 hat man, wie Vering[2] mittheilt, in dem Ceremoniell sogar schon den Vortritt der Primaten vor den Erzbischöfen fallen gelassen, und auf dem letzten Concil gelang es nur den Vorstellungen des Primas von Ungarn, den Ehrenvorzug der Primaten zu retten. Die Antiquirtheit dieser Institution erhellt beispielsweise auch daraus, dafs der Primas von Deutschland der Fürsterzbischof von Salzburg ist.

Diesem Fehlen einer besonderen Nationalkirchenverfassung entspricht der Mangel einer besonderen landeskirchlichen Vermögensverwaltung.

Auch der Stiftungscharakter läfst sich auf die Landeskirche nicht anwenden. Wo soll z. B. der Sitz der preufsischen katholischen Landeskirche sein? Da dieselbe nicht als Staatsinstitut aufgefafst werden darf, gewifs nicht in Berlin. Wo aber dann? Und doch ist dies sehr wichtig, nicht blofs in procefsrechtlicher Hinsicht, sondern auch insbesondere deshalb, weil sich nach dem Domicil nicht selten die Anwendung des materiellen Rechts bestimmt. Wer soll ferner der Vertreter dieser Stiftung sein? Gewifs das Collegium der Landesbischöfe? Davon sagt aber hinwiederum weder das Kirchen- noch das Staatsrecht etwas.

Wir sehen also, dafs die Construction einer landeskirchlichen Persönlichkeit die erheblichsten Schwierigkeiten macht. Die Consequenzen treten insbesondere darin hervor, dafs eine der Kirche schlechthin gemachte testamentarische Zuwendung nicht der

---

[1] Deshalb meint Prestinari (a. a. O. 301): „Eine katholische Landeskirche als einheitliche Corporation ist in den Staaten, die mehrere Diöcesen in sich schliefsen, nicht möglich, weil die Organisation fehlt, die hierzu nöthig wäre."

[2] Lehrb. des K. R. (2. Aufl.), S. 554.

Landeskirche, sondern im Gebiete des gemeinen Rechts unbezweifelt der in l. 26 C. 1, 2 näher bezeichneten Localkirche zukommt.

Die Landeskirchen dürfen übrigens mit den Kirchengemeinden nicht ganz auf dieselbe Stufe gestellt werden; denn bei diesen hat die kirchliche Gesetzgebung allerdings Eigenthums- und Verwaltungsrecht ebenfalls nicht begünstigt und letzteres, falls es mit dem Charakter der Selbständigkeit erscheint, direct ausgeschlossen; aber sie hat die Kirchengemeinden doch selbst in den kirchlichen Organismus als Verfassungsglied eingeführt und die Vertretung derselben geregelt. Das Kirchenrecht kennt Kirchengemeinden und kirchengemeindliche Rechte, hat dieselben auch sanctionirt, ist ihnen nur nicht besonders gewogen. Bezüglich der Nationalkirche ist aber der kirchliche Einfluſs so zu sagen nur bei der *creatio prima* thätig, die juristische Formirung dieses Substrates vollzieht sich jedoch gänzlich unabhängig vom kirchlichen Willen lediglich im Rahmen der staatlichen Entwicklung; sodann ist auch für die Vertretung nirgends gesorgt.

Die erwähnten, das Willenssubstrat betreffenden Bedenken machen aber immerhin die Construction einer landeskirchlichen Persönlichkeit nur schwer, aber nicht unmöglich: denn das Substrat ist thatsächlich vorhanden, es ist auch seinem Kern nach kirchlicher Natur und in diesem durch die Kirche ins Leben gerufen, wie auch die territoriale Ausprägung durchaus nichts Antikirchliches hat. Der Kirche ist es gänzlich gleichgültig, ob sie in der Bethätigung ihres Berufes diese oder jene staatlichen Grenzlinien findet, die Hauptsache ist, daſs sie überall Zutritt hat. Die Möglichkeit der Nationalkirche ist sodann auch durch die Concordate anerkannt, wo das kirchliche Oberhaupt zu kirchlichen Ausnahmegestaltungen für ein bestimmtes Land die Hand bietet. Hierdurch tritt aus der Gesammtkirche die Kirche des bestimmten Staates als besondere Rechtswesenheit hervor, die zwar nur in und mit der Gesammtkirche existirt, aber doch immerhin als ein eigenartiges Theilganzes hervorsticht. Die nationalkirchliche Existenz ist ferner auch nicht abhängig von der Einrichtung einer genügenden Verwaltung und Vertretung: durch diese kündigt sich die praktische Bedeutsamkeit und Entwicklungsreife eines Rechtsinstituts, nicht aber dessen Bestand an.

Was also die Existenz der privatrechtlichen Nationalkirche anlangt, so macht die Substratsfrage wohl Schwierigkeiten, stellt aber keineswegs den Bestand in Frage. Anders steht es mit dem zweiten begriffconstituirenden Factor, der Anerkennung durch die staatliche Rechtsordnung, mit welcher die nationalkirchliche Persönlichkeit steht und fällt, und welche hier im Allgemeinen vollständig fehlt.

Diese Anerkennung will man in berühmten Friedensinstrumenten und Verfassungsurkunden ausgesprochen finden:

Reichsdeputationshauptschlufs v. J. 1803 art. 63: „Die bisherige „Religionsübung eines jeden Landes soll gegen Aufhebung „und Kränkung aller Art geschützt, insbesondere jeder Re„ligion der Besitz und ungestörte Genufs ihres eigenthüm„lichen Kirchengutes nach den Vorschriften des West„fälischen Friedens ungestört verbleiben."

Preufsische V. U. v. 1850 in dem (1875 aufgehobenen) art. 15: (es) „bleibt jede Religionsgesellschaft im Besitz und Genufs „der für ihre Cultus-, Unterrichts- und Wohlthätigkeits„zwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und Fonds."

Württemb. V. U. v. 1819 § 70: „Jeder der drei im Königreich „bestehenden christlichen Confessionen wird öffentliche Re„ligionsübung und der volle Genufs ihrer Kirchen-, Schul„und Armenfonds zugesichert."

Oldenburgisches Revidirtes Staatsgrundgesetz v. 1852 § 80: „Die „Kirchengemeinden und Religionsgenossenschaften werden in „dem Besitz ihres Kirchenvermögens, sowie bei der stiftungs„mäfsigen Verwendung desselben geschützt."

Anhalt'sches Landesverfassungsgesetz v. 1850 § 19: „Der Staat „gewährleistet den verschiedenen Religionsgenossenschaften „den Besitz und Genufs der für ihre Wohlthätigkeits-, Cultus„und Unterrichtszwecke, soweit die letztern auf den durch „den Cultus bedingten Unterricht sich beziehen, bestimmten „Anstalten, Stiftungen und Fonds, soweit dieselben ein Recht „darauf haben oder erwerben."

Schwarzburg-Sondershausen'sches Verfassungsgesetz v. 1849 § 20: „Jede Religionsgesellschaft . . . bleibt im Besitz und Ge-

„nusse der für ihre Cultus-, Unterrichts- und Wohlthätig-
„keitszwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und Fonds."
Waldeck'sche V. U. v. 1852 § 42: „Die evangelische und die
„katholische Kirche, sowie jede andere Religionsgenossen-
„schaft bleibt im Besitze und Genufs etc. etc."

Hier ist aber überall von keinem landeskirchlichen Eigenthum die Rede. Alle diese Bestimmungen lassen die Persönlichkeitsfrage offen. Die entgegengesetzte, insbesondere auch durch P. Reichensperger [1] und Fr. Sybel [2] vertretene Ansicht führt zu dem *absurdum*, den § 63 des Reichsdeputationshauptschlusses v. Jahre 1803: „jeder Religion (soll) der Besitz und ungestörte Genufs ihres eigenthümlichen Kirchenguts, auch Schulfonds, nach der Vorschrift des westfälischen Friedens ungestört verbleiben," als ein Zeugnifs für die Privatrechtsfähigkeit der Religion anzusehen. Das Wort »Eigenthum« zunächst ist in keiner V. U. gebraucht, und von einem Eigenthum an „Anstalten, Stiftungen und Fonds," die selbst Eigenthumssubjecte sind, kann füglicher Weise im juristischen Sinne nicht gesprochen werden. Es darf vielmehr wieder an das Wort v. Savignys erinnert werden: „Diese Bezeichnung hatte den zwiefachen Sinn, „dafs dasselbe (d. h. das Stiftungsgut) unter dem Einflufs und der „Aufsicht der Kirchenobern stehe, und dafs es an den Privilegien „des Kirchenguts Theil nehme; keineswegs aber sollte dadurch die „Selbständigkeit der juristischen Personen dieser Art verneint „werden, und es ist ein Mifsverständnifs neuerer Zeit, wenn man „dem Ausdruck diese Deutung gegeben hat." [3] Am vorsichtigsten hat sich in dieser Richtung die Sächsische Gesetzgebung ausgesprochen: „Vermögen der Kirche und der dahin gehörigen Stiftungen," [4] „Verwaltung des Kirchenvermögens und der damit in Verbindung stehenden Fonds." [5]

---

[1] Das verfassungsmäfsige Recht der Kirche in Preufsen, 57.

[2] Das altkath. Bisthum, 19.

[3] System, II. 271.

[4] V. O. v. 14. Mai 1830 § 11 G. S. 55 u. Codex des im Königr. Sachsen geltenden Kirchen- und Schulrechts, 2. Aufl., 310.

[5] Gesetz v. 2. April 1844 § 2 G. u. V. O. Bl. 141, Codex, 640. Aehnlich die Bekanntmachung, die Aufbewahrung der zu den Kirchenärarien und anderen damit verbundenen Kassen gehörigen Staatspapiere betr., v. 19. Januar 1850,

Die oben angezogenen Artikel verfolgen den Zweck, eine verfassungsmäſsige Garantie gegen die Wiederholung der eben noch in frischer Erinnerung stehenden Säcularisationen des Kirchenguts zu geben,[1] und die bezüglichen Formulirungen sind nichts als der miſslungene Versuch, den Begriff des Kirchenguts gesetzgeberisch zu bestimmen. Das geht zunächst aus dem entsprechenden Artikel des *Instrum. Pacis Osnabr.* V. § 7 u. besonders 25 hervor: *„templa, fundationes, scholas, hospitalia aliave bona ecclesiastica.“* Ebenso bestimmt der Reichsdeputationshauptschluſs v. 1803, § 20: „Das Kirchengut und die eigenthümlichen Einkünfte der Stiftungen, Unterrichts- und Wohlthätigkeitsanstalten dürfen ihrem Zwecke nicht entzogen werden.“ Mit dieser Formulirung stimmt die Badische V. U. v. 1818 § 20 wörtlich und diejenige des Groſsherzogthums Hessen im § 43 inhaltlich überein: „Das Kirchengut, das Vermögen der vom Staate anerkannten Stiftungen, Wohlthätigkeitsanstalten ... genieſsen des besonderen Schutzes des Staates.“ Das Altenburgische Grundgesetz v. 1831 § 155 spricht in diesem Sinne von dem „Stiftungsvermögen der Kirchen und Schulen,“ und die Verfassungsurkunden von Sachsen (§ 60), Kurhessen (§ 106), Koburg-Gotha (§ 66) und Braunschweig (§ 216) schlieſsen sich dieser Auffassung an.

Aus all dem geht zur Evidenz hervor, daſs die deutschen Verfassungsurkunden für die Rechtssubjectivität der Landeskirche nichts beweisen. Eine anderweitige Anerkennung ist aber nicht nachweisbar und damit die landeskirchliche Persönlichkeit zu verneinen.

§ 24.

Die Ausnahmestellung von Bayern.

Wir erklärten oben, daſs die landeskirchliche Privatrechtspersönlichkeit möglich, aber nicht wirklich sei. Letzteres ergab sich aus der mangelnden Anerkennung durch die staatliche Rechts-

G. u. V. O. Bl. 11, Codex, 703. Ferner die Kirchenvorstandsordnung v. 30. März 1868 § 22: „Vermögen der Kirche und der mit demselben verbundenen Stiftungs- und anderen Cassen.“ Codex 31.

[1] In den Erläuterungen des Ministers v. Ladenberg zu dem Artikel 12 der preuſsischen V. U. v. 5. December 1848 (in der Redaction v. J. 1850. art. 15)

ordnung. In dieser Hinsicht macht aber Bayern sowie das später zu besprechende Baden offenbar eine Ausnahme.

Die Bayrische V. U. v. 1819, tit. IV. art. 9. Abs. 4, bestimmt: „Allen Religionstheilen, ohne Ausnahme, ist das Eigenthum der „Stiftungen und der Genufs ihrer Renten, nach den ursprünglichen „Stiftungsurkunden und dem rechtmäfsigen Besitze, sie seyen für „den Cultus, den Unterricht oder die Wohlthätigkeit bestimmt, „vollständig gesichert.“ [1] Das hier garantirte »Eigenthum« der »Religionstheile« läfst bereits eine Eigenthumssubjectivität der Landeskirchen voraussetzen, doch wollen wir dieser Stelle noch keine entscheidende Bedeutung beimessen. Denn das Wort Eigenthum mufs hier keineswegs im juristischen Sinne genommen werden, was man schon daran sieht, dafs von einem „Eigenthum der Stiftungen“, die doch zum gröfsten Theil selbst Rechtssubjecte sind, gesprochen wird. Man wird wohl am sichersten gehen, wenn man in der angezogenen Bestimmung ganz wie in den übrigen Verfassungsurkunden nichts mehr und nichts weniger als eine Garantie des Kirchenguts erblickt. Auch § 59 des Revidirten Gemeindeedicts („das Kirchenvermögen jeder Confession“), sowie der Artikel 8 des Concordats: „die Kirche wird auch das Recht haben, neue Besitzungen zu erwerben,“ entscheidet unseres Erachtens nichts bezüglich der Trägerschaftsfrage; mafsgebend sind aber folgende Bestimmungen der Beilage II der V. U.:

§ 24. „Die in dem Königreich bestehenden drei christlichen Glaubensconfessionen sind als öffentliche Kirchengesellschaften — anerkannt.“

§ 28. „Die mit ausdrücklicher königlicher Genehmigung aufgenommenen Kirchengesellschaften geniefsen die Rechte öffentlicher Corporationen.“

---

wird ausdrücklich hervorgehoben, dafs es nicht die Absicht gewesen sei, einen neuen Grundsatz in Beziehung auf das Subject des Kirchenvermögens aufzustellen.“ Beiträge z. preufs. Kirchrecht, Heft 1, S. 7. Hinschius, die preufs. Kirchengesetze der J. 1874/75, S. 124 f.

[1] Ebenso Beilage II. der V. U. § 46: „Allen Religionstheilen ohne Ausnahme ist dasjenige, was sie an Eigenthum gesetzmäfsig besitzen, es sei für den Cultus oder für den Unterricht bestimmt, es bestehe in liegenden Gütern, Rechten, Kapitalien, baarem Gelde, Prätiosen oder sonstigen beweglichen Sachen, durch den § 9 im IV. Titel der Verfassungsurkunde des Reiches garantirt.“

§ 44. Die in dem Königreich als öffentliche Corporationen aufgenommenen Kirchen sind berechtigt, Eigenthum zu besitzen und nach den hierüber bestehenden Gesetzen auch künftig zu erwerben.“

Hiernach steht fest, dafs die kath. Landeskirche in Bayern den Persönlichkeitscharakter besitzt: der klare, unzweideutige Text verlangt dies.[1]

Man kann auch nicht sagen: der Kirche werden allerdings Corporationsrechte verliehen, so jedoch, dafs sich der oder die eigentlichen Träger derselben erst nach anderen Staatsgesetzen oder nach dem Kirchenrecht bestimmen. Wenn der Staat Corporationsrechte gewährt, oder wie das badische Kirchengesetz v. 1860 im § 1 sagt, „gewährleistet“, so mufs er vor Allem wissen, wem er dieselben garantirt, und zwar verlangt jede vernünftige Auslegung, denjenigen als den wirklich Bedachten anzusehen, welcher genannt ist: das ist hier aber die katholische Kirche in Bayern, also die Landeskirche.

Die katholische Kirche in Bayern ist somit eine juristische Einheit und Trägerin der Vermögensfähigkeit, eine derselben gemachte Zuwendung ist also giltig. Dabei bleiben aber alle im vorangehenden § erörterten Schwierigkeiten bestehen.

Auch Roth hat denselben nicht die gebührende Berücksichtigung geschenkt. Zunächst sagt er im Allgemeinen allerdings ganz zutreffend: „Mit der Entstehung bestimmt sich auch der Sitz der Verwaltung, der für den Gerichtsstand und das zur Anwendung kommende Recht entscheidet.“ Wenn er dann aber fortfährt: „für . . . Kirchen . . . ist der Sitz gesetzlich geregelt,“[2] so hat er vergessen, uns die in dieser Richtung für die bayrische Landeskirche getroffenen Bestimmungen mitzutheilen.

---

[1] Das ist auch die Auffassung Roths (Bayr. Civilr., I. 228 und insbesondere 229: „Diese sind indessen jede in ihrer Gesammtheit als Corporation anerkannt“). So auch Richter-Dove (Lehrb., 7. Aufl., 1079), welcher mit Berufung auf Schulte (K. R. II. 485) es zwar als unrichtig „für das Recht der kath. Kirche“ bezeichnet, „von einem Eigenthume der Landeskirchen zu reden,“ dann aber meint: „Möglich ist es freilich, dafs eine positive Staatsgesetzgebung auch die katholische Landeskirche als erwerbsfähiges Subject anerkennt.“ Dann citirt er Roth, welcher dies für Bayern behaupte.

[2] Bayr. Civilr. I. 207 u. 208[31].

Die landeskirchliche Corporation müfste doch, was die juristische Seite anlangt, nach Art der „protestantischen Gesammt-Gemeinde in dem Königreich"[1] aufgefafst werden. Wo ist aber bei der sogenannten bayrischen Landeskirchengemeinde etwas von dem doch mit jeder Corporation verbundenen Selbstverwaltungsrecht zu entdecken? Und wenn wir denn auch aus dem Terminus Corporation, der ja mitunter auch im weiteren Sinn zur Bezeichnung der »juristischen Personen« überhaupt dient,[2] keine Schlüsse ziehen wollen, wie ist denn für die kath. Kirche in Bayern die Vertretung eines landeskirchlichen Stiftungsvermögens, die für die protestantische Kirche in den Händen des bayrischen Oberconsistoriums liegt, geregelt? Denken wir uns doch den Fall, die katholische Landeskirche in Bayern wird in klaren, unzweideutigen Worten zum Universalerben eingesetzt. Schulte sagt: „Offenbar müfste man dann sagen: da die „katholische Kirche in Bayern keine Einheit bildet, sondern aus

[1] Münch, Vollst. Sammlung aller ältern und neuern Concordate, II. 242.

[2] Die Verfassungsurkunden insbesondere sprechen *uno tenore* von »Corporationen«, »Kirchengesellschaften«, »Kirchengemeinden« und »Stiftungsgut«, »stiftungsmäfsiger Verwendung«. Z. B. das Oldenburg. R. St. G. v. 1852, art. 77, 80. das Anhalt'sche L. V. G. v. 1850, § 18, 2. Abs. § 19. die Waldeck'sche V. U. v. 1852, § 40, 41, 42. Ebenso die Bayrische V. U. tit. IV. § 9, Edict II. 44. Die Gemeindewahlordnung v. J. 1818, art. VII. nennt allerdings nebeneinander: „öffentliche Gesellschaften, Körperschaften, Kirchen, Stiftungen." Die Instr. zum Hypoth.-Gesetz, § 20 I. 2: „Körperschaften, Stiftungen, öffentlich anerkannte Gesellschaften." Die Proc.-O. art. 15, 16: „Gemeinden, Stiftungen, Körperschaften." Es scheint, dafs der Terminus »Körperschaft« mehr als »Corporation« die alte technische Bedeutung bewahrt hat, denn die Verleihung von Corporationsrechten ist identisch mit der Anerkennung als unkörperliche Person. Der Auffassung Roths (Bayr. Civilr., I. 229[11]: „Nach bayrischem Recht sind die Kirchen demnach zu den Corporationen zu rechnen,") möchten wir daher nicht ohne weiteres beitreten. Sagt doch Roth selbst S. 258, dafs das Wort Corporation „der ältern Doctrin (und hierher rechnet er auch das bayr. Landrecht) als Bezeichnung der juristischen Person überhaupt" dient. Vgl. auch Unger, österr. Privatr., § 42, 11; Gierke, I. 1006: (Anstalt und *corpus*) „Begriffe, die im Sinne der letztverflossenen Jahrhunderte sehr nahe bei einander lagen." Ferner Dernburg, Preufs. Privatr., 1875, I. 83 f.: „Nicht selten sprechen aber die preufs. Gesetzbücher auch von einer Ausstattung mit Corporationsrechten, um die juristische Persönlichkeit zu bezeichnen, da die Corporationen als die vorzüglichste Art juristischer Personen gelten." Desgleichen in der 4. Aufl., 1884, S. 104. Ueber die ältere gemeinrechtliche Doctrin vgl. Glück, Comm. II. 62. Höpfner, Instit. § 61.

„acht Diöcesen besteht, so ist entweder die Zuwendung an alle „acht Diöcesen zu vertheilen, oder die sämmtlichen Bischöfe haben „darüber zu bestimmen. Zieht man aber art. XVII. des Concordats „in Betracht, so ist es offenbar Sache des Bischofs, dessen Diöcese „der Zuwender angehört, die Zuwendung anzunehmen und be„stimmten Zwecken zuzuwenden, oder Gegenstand eines Ueberein„kommens zwischen dem Papste und dem Könige. Da diese Frage „hier irrelevant ist, gehe ich nicht weiter darauf ein.“ [1]

Diese keineswegs widerspruchsfreie Auffassung charakterisirt die vorhandenen Schwierigkeiten aufs treffendste. Zunächst ist gegen Schulte zu betonen, dafs diese Frage keineswegs irrelevant ist. Es ist für den Richter geradezu die Hauptfrage, wer zum Erbschaftsantritt und zur Procefsführung legitimirt ist. Es hilft ihm nicht, dafs das Concordat [2] die gütliche Beilegung von Schwierigkeiten durch den Papst und den König in Aussicht nimmt; denn geschehen ist bis zur Stunde in dieser Sache noch gar nichts. Inwiefern weiterhin das Concordat angezogen werden kann zur Begründung des Satzes, dafs der Bischof, dessen Diöcese der Zuwender angehört, zur Annahme legitimirt sei, ist uns noch weniger erfindlich. Die „*doctrinam Ecclesiae, eiusque vigentem et approbatam disciplinam*“ geht eine rein civilrechtliche resp. civilprocessuale Frage ebensowenig etwas an, als jene für unsern Fall auch nur irgend ein Resultat gezeitigt hat. Die authentische Interpretation aber, mit welcher sich die Curie bis jetzt sehr gut abgefunden hat, dafs durch die Zuwendung an „die Kirche“ eine näher bestimmte Localkirche eingesetzt sei (l. 26 C. 1, 2 u. Nov. 131 c. 9), kennt eine landeskirchliche Privatrechtspersönlichkeit nicht und gründet sich auf das weltliche Recht.

Unseres Erachtens ist nach Lage der Dinge zur Annahme legitimirt sowohl der Papst, dem als Vertreter der Gesammtkirche auch die Vertretungsbefugnifs für sämmtliche Landeskirchen innewohnt, und welcher als solcher von sämmtlichen deutschen Regie-

---

[1] Jur. Persönlichkeit, 73.

[2] „*Caetera quae ad res et personas ecclesiasticas spectant, quorum nulla in his articulis expressa facta est mentio, dirigentur omnia et administrabuntur iuxta doctrinam Ecclesiae, eiusque vigentem et approbatam disciplinam. Si vero in posterum supervenerit difficultas, Sanctitas Sua et Regia Majestas suum conferre et rem amice componere sibi reservant.*“

rungen durch den Abschlufs von Concordaten anerkannt ist,[1] als auch die Verbindung der 8 Landesbischöfe, welchen als Vertretern der Gesammtkirche in je ihrer Diöcese die kirchliche *iurisdictio ordinaria* für das Königreich gebührt, und die somit sämmtliche etwa an den Namen der Landeskirche geknüpften Rechte im collegialischen Beschlusse auszuüben haben. Freilich hat diese letztere Alternative ihre erheblichen Schwierigkeiten, insbesondere deshalb, weil es für eine solche Collectivbethätigung an jeder materiellen wie organisatorischen Bestimmung fehlt.

Wir wollen uns überhaupt nicht verhehlen, dafs wir es hier nur mit Rohmaterial zu thun haben, und dafs deshalb beim ersten praktischen Fall der heftigste Widerspruch zu gewärtigen ist. Denn von irgend einer Organisation oder ausdrücklichen Regelung dieser eigenartigen landeskirchlichen Persönlichkeit in Bayern ist nichts zu entdecken. Die Gesetzgebung hat in offenbarer Verkennung der Verhältnisse eine allerdings vorhandene, aber noch nicht recht geeigenschaftete *universitas* als Rechtssubject anerkannt, ohne ihrerseits zur möglichen Bethätigung dieser Rechtsträgerschaft auch nur etwas beizutragen. Und so steht die Rechtsfähigkeit der bayerischen Landeskirche bis jetzt denn nur auf dem Papier. Die Thatsachen waren klüger als die Gesetzgebung, ein besonderes landeskirchliches Vermögen hat sich in Bayern bis zur Stunde nicht gebildet und steht auch begreiflicher Weise nicht in Aussicht.

B. Positives.

I. Das Gebiet des gemeinen Rechts.

§ 25.

Allgemeines.

Die gemeinrechtliche Darstellung der kirchlichen, unkörperlichen Personen wird nur verständlich, wenn wir die allmähliche Entwicklung der kirchlichen Anstalten und Vereinigungen zur selbstständigen Privatrechtssubjectivität berücksichtigen. Das Verständnifs

[1] Dieses päpstliche Recht würde durch den Nuntius in München ausgeübt werden. Uebrigens zeigt sich's an diesem schweren Apparat deutlich, eine wie grofse

des kirchlichen Vermögensrechts wird nur hierdurch ermöglicht, und im Abschlufs dieser Entwicklung haben wir dann das geltende gemeine Recht sowie für die Darstellung der kirchenvermögensrechtlichen Bestimmungen der modernen Particulargesetzgebungen einen festen Ausgangspunkt. Soweit besondere codificirte Landrechte vorliegen, welche nur das gemeine Recht darstellen wollen, wie insbesondere das bayrische und württembergische, finden dieselben hier ihre Besprechung. Die späteren Codificationen dagegen, welchen eine bald gröfsere, bald geringere selbständige, schöpferische Tendenz innewohnt, wie dem sächsischen, preufsischen, französischen und badischen Landrecht, finden eine gesonderte Darstellung.

A. Die Eigenthumssubjectivität der **Localkirchen.**

§ 26.

1. Historische Entwicklung der Land- und Pfarrkirchen.

Heute stehen im Mittelpunkt der kirchlichen Eigenthumsträger die Local-, insbesondere die Pfarrkirchen. In den ersten drei Jahrhunderten gab es nur bischöfliche Kirchen. Im 4. und 5. Jahrhundert aber, als die offene und geschützte Ausbreitung des Christenthums eine Specialisirung der Seelsorge nöthig machte, entstanden innerhalb der vom Bischof geleiteten, übrigens immer noch nicht scharf umgrenzten Territorien, zahlreiche kirchliche Gebäude, in welchen die vom Bischof entsandten Cleriker in dessen Auftrag functionirten und so der Landbevölkerung *(plebs)* die Befriedigung ihrer religiösen Bedürfnisse erleichterten.[1] Von da an haben wir also neben den Bischofskirchen *(ecclesiae sanctissimae* oder *civitatis*[2]

Absonderlichkeit die sonst als so selbstverständlich aufgefafste katholische landeskirchliche Persönlichkeit Bayerns ist.

[1] Poschinger, *diss.* 23; Loening, Gesch. des deutschen K. R. I. 246 f.; Silbernagl, Lehrb. 307.

[2] l. 26 C. 1, 2. Vgl. insbesondere auch in c. 12 D. 95 *(ex conc. Neocaesar. a. 314, c. 13)* die Gegenüberstellung: *„Presbyteri ruris in ecclesia civitatis episcopo praesente vel presbyteris ipsius urbis, offerre non possunt, nec panem sacrificatum dare, calicemque porrigere.“* Was übrigens die *civitas* des Besondern anlangt, so war es unter den mittelalterlichen Canonisten eine

oder *urbis)*[1] auch Landkirchen oder *oratoria,*[2] *martyria,*[3] *ecclesiae agri,*[4] *eccl. ruris,*[5] *eccl. castelli,*[6] *parochiae,*[7] *basilicae.*[8] Die Identität von Stadt- und Bischofskirche hat sich selbstverständlich später verloren, war aber auch sicherlich nie vollständig vorhanden. Denn c. 26 pr. C. 1, 2 setzt eine *ecclesiam sanctissimam civitatis vel castelli vel agri* sowie *„sanctissimas loci ecclesias“*[9] voraus, und der § 1 ib.

Streitfrage, ob für den Begriff derselben ein Bischof schlechterdings nothwendig sei. Die Italiener bejahten diese Frage, in Deutschland entschied man sich meistens im entgegengesetzten Sinn. Vgl. Gierke, III. 286 N. 122.

[1] Nov. 131 c. 9. L. 40 C. Theod. XVI. 2. Vgl. auch den in N. 2 der vorigen Seite cit. c. 12 D. 95.

[2] l. 26 C. 1, 2; l. 10 C. 1, 5; *Conc. v. Epao,* c. 25.

[3] l. 26 C. 1, 2. — [4] l. 26 C. 1, 2.

[5] Vgl. den in N. 2 S. 103 cit. c. 12 D. 95.

[6] l. 26 C. 1, 2; l. 16 Cod. Theod. XVI. 2: *„in qualibet civitate, in quolibet oppido, vico, castello, mancipio quocunque.“*

[7] c. 35, 36 u. 73 C. 12 q. 2 *(Conc. v. Agde* 506 c. 49 u. 53 u. *Conc. III. v. Toledo* 589 c. 4) und *IV. Toledo* 633 c. 26 u. 27 (c. 2 D. 38 u. c. 3 D. 28). Es heifst dafür auch kurzhin *parochia,* z. B. c. 11 C. 10 q. 1. Ebenso c. 7 C. 10 q. 1: *„de his quae parochiis in terris, vineis, mancipiis atque peculiis quicunque fideles obtulerint.“* Mit *parochia* ist *dioecesis* identisch: c. 11 C. 10 q. 1: *„Episcopum per cunctas dioeceses parochiasque suas per singulos annos ire oportet.“* Ebenso c. 3 C. 12 q. 4: *„Presbyter, dum dioecesim tenet, de his quae emerit, ad ecclesiae nomen scripturam faciat.“* Vgl. auch c. 2 X. III. 25, ferner das *Concil v. Agde* v. J. 506 c. 22 (c. 32 C. 12 q. 2). Das *3. Conc. v. Orléans* v. 538 c. 33: *„Si quis in agro suo aut habet aut postulat habere dioecesim, primum et terras ei deputet sufficienter.“* Im c. 32 des *4. Conc. v. Toledo* a. 633 (c. 60 C. 16 q. 1) hat *„dioecesis“* dagegen die Bedeutung von „Bisthum“. Die Landkirchen heifsen so, weil sie innerhalb (διά) des Bisthums (οἰκία) lagen und sich in Abhängigkeit von demselben (παρά) befanden. Diese Bedeutung behielt „Parochia“ bei, und die „Diöcese“ ward später etwa das im Verhältnifs zur Gesammtkirche, was die Parochie im Verhältnifs zur Diöcese war. In c. 44 C. 16 q. 1 wird *„parochia“* noch im Sinn von Bisthum gebraucht, — vgl. Hinschius II. 38 u. 267, Richter-Dove (7. Aufl.) 386 — wofür übrigens seit dem Concil v. Constantinopel (a. 384 c. 2) und dem 2. Conc. v. Carthago (a. 390 c. 5) der Ausdruck *dioecesis* bekannt und heute herrschend ist.

[8] *3. Conc. v. Orléans* v. 538 c. 5 u. 18.

[9] Wir dürfen aus diesen Aeufserungen jedenfalls den Schlufs ziehen, dafs der Ausdruck *„sanctissima ecclesia“*, wenn auch regelmäfsig zur Bezeichnung der Bischofskirche gewählt, doch keineswegs hierauf beschränkt ist.

spricht anderntheils von *„venerabilia loca (scl. martyria) quae in metropoli sunt"*; im § 2 werden sogar Verordnungen getroffen, *„si multa autem templa eiusdem tituli aut nominis in illa civitate inventa fuerint vel eius vicinia,"* womit Nov. 131 c. 9 zu vergleichen ist: *„si . . . in illo ipso autem loco vel urbe plura oratoria eiusdem sancti inveniantur."* Also nicht jede Stadtkirche war auch eine Bischofskirche, und Städte, Dörfer und Gehöfe hatten mitunter mehrere Kirchen und Kapellen.

Alle diese Kirchen und Oratorien dienten, wie Loening treffend hervorhebt,[1] nur dem Zwecke der bischöflichen Kirche und waren errichtet worden, um eine allseitige Befriedigung der religiösen Bedürfnisse zu ermöglichen. Wie in der Stadt nicht verschiedene festumgrenzte Bezirke bestanden, so bildeten auch die Landkirchen mit der bischöflichen Kirche ein einheitliches Ganze. Die seelsorgerliche Selbständigkeit besafs nur die letztere, wie sie allein auch nur Taufkirche war; was Selbständigkeit und Allseitigkeit der seelsorgerlichen Functionen betrifft, so genofs diese allein die bischöfliche Kirche, und es gab keine anderen Bezirke als die Diöcese des Bischofs; es war also jedes Bisthum nur eine einzige grofse Pfarrei.

Die Entwicklung der eigentlichen Parochialverfassung wird von Vielen in die frühesten Zeiten verlegt. Der Fehler derselben liegt darin, dafs sie das Vorhandensein von Landkirchen neben den bischöflichen Kirchen schon als genügend erachten zur Annahme eines Pfarrsystems. Deshalb irren auch Phillips,[2] v. Poschinger[3] und Vering,[4] wenn sie mit Berufung auf Athanasius[5] die Errichtung von Pfarrkirchen bereits ins 4. Jahrhundert setzen. Das Concil von Sardica (a. 347) trifft allerdings, wie später das Concil v. Laodicaea (a. 366 c. 57)[6], im Kampf gegen eine italische und afrikanische Unsitte die Bestimmung: *„Licentia non danda est ordinandi episcopum aut in vico aliquo aut in modica civitate, cui sufficit unus presbyter,*

---

[1] Geschichte des deutschen K. R. I. 247 u. II. 344.

[2] Lehrb. 3. Aufl. 344.

[3] *dissert. 24* und gröfseres Werk S. 42. — [4] Lehrb. 1881, S. 594.

[5] Apolog. II.: *„Mareotes ager est Alexandriae, quo in loco episcopus nunquam fuit, immo ne chorepiscopus quidem, sed universae eius loci ecclesiae episcopo Alexandriae subiacent, ita tamen singuli suos presbyteros habent."*

[6] Vgl. auch Leo I. ep. 87 c. 2.

quia non est necesse, ibi episcopum fieri, ne vilescat nomen episcopi et auctoritas"; ferner *„non oportet in vicis et villis episcopum ordinari sed eos qui circumeant constitui, hos autem qui hinc ordinati sunt, nihil agere sine conscientia episcopi civitatis (c. 6)*; wenn aber v. Poschinger[1] deshalb die *Chorepiscopi* nothwendig und unmittelbar durch Pfarrer ablösen läfst, so imputirt er dem Concilsschlufs etwas, was dieser nicht sagt: denn in diesem ist nur die Rede von *presbyteri qui circumeant.* Trotzdem sind wir allerdings der Ansicht, dafs die Reaction gegen den Chorepiscopat die Bildung von selbstständigen seelsorgerlichen Aemtern sehr nahe legen und die Errichtung von festen Pfarreien in hohem Grade vorbereiten mufste. Und so finden wir denn zu Anfang des 6. Jahrhunderts die ersten, aber auch bestimmten Anzeichen einer Parochialverfassung. Das *Concilium Agathense* v. J. 506 c. 31 *(c. 35 Dist. I. de consecr.)* bestimmt nämlich: *„Si quis etiam extra parochias, in quibus legitimus est ordinariusque conventus, oratorium in agro habere voluerit, reliquis festivitatibus, ut ibi missas audiat propter fatigationem familiae iusta ordinatione permittimus. Pascha vero, Natali Domini . . . et si qui maximi dies in festivitatibus habentur, non nisi in civitatibus aut in parochiis audiant. Clerici vero, si qui in festivitatibus quas supra diximus . . . missas celebrare voluerint, communione priventur."* [2] Hiernach ist ein Vierfaches festgestellt:

1. Zum Organismus der kath. Kirche gehören Pfarreien *(parochiae).*
2. In den *parochiae* ist der *legitimus ordinariusque conventus.*
3. Der vorstehende Geistliche dieser *parochia* ist somit der *legitimus ordinariusque presbyter.*
4. Es besteht ein bestimmter Pfarrzwang.

---

[1] *dissert. 23.*

[2] Ebenso bestimmte das *Concilium Aurelianense* v. J. 511, c. 27 (c. 5 Dist. III. *de consecr.*): *„Nulli civium Paschae, Natalis Domini et Quadragesimae solennitatem in villa liceat celebrare, nisi quem infirmitas probabitur tenuisse."* Ferner c. 1 C. 13 q. 1: *„Ecclesias singulas singulis presbyteris dedimus; parochias et coemeteria eis divisimus et unicuique ius proprium habere statuimus, ita videlicet, ut nullus alterius parochiae terminos aut ius invadat, sed ut unusquisque suis terminis contentus . . ."* Vgl. auch die bei Loening, II. 347 N. 1 angegebenen Quellenstellen.

Somit ist mit dem Anfang des 6. Jahrhunderts die Parochialverfassung fertig, wenn auch noch nicht überall eingeführt. Das Verhältnifs zwischen bischöflicher und Landkirche wiederholt sich hier zwischen Pfarr- und einfacher Localkirche. Die bischöfliche Kirche blieb zwar nach wie vor der Mittelpunkt der Diöcese oder die Pfarrkirche *κατ᾽ ἐξοχήν*. Aber von diesem Centrum zweigten sich Körper ab, welche, zwar mit magischer Kraft an das lebenspendende Centrum gefesselt, doch ein selbständiges Dasein führten und wiederum den Mittelpunkt für kleinere Körper bildeten. In diesen Pfarrkirchen können alle kirchlichen Functionen verrichtet werden, soweit sie von Priestern überhaupt vorgenommen werden dürfen, und die Bevölkerung ist gesetzlich verpflichtet, in denselben ihre kirchlichen Pflichten zu erfüllen. Vor Allem erfolgt hier die Aufnahme in die kirchliche Gemeinschaft, d. h. die Spendung der h. Taufe, weshalb die Pfarrkirchen in den Quellen mit besonderer Vorliebe auch *ecclesiae baptismales* genannt werden. Die Einrichtung der *fontes* verlieh den Charakter der Pfarrkirche, wie die *translatio sacri baptismatis* denselben wieder benahm.

Der Pfarrer wird in der ältesten Ueberlieferung *„archipresbyter“* genannt,[1] und bezeugen die Quellen die Eintheilung der bischöflichen Diöcese in Archipresbyterate oder Pfarreien genügend. Mit der Einrichtung des Pfarrinstituts war in der That eine seelsorgerliche Kreisbildung nothwendig gefordert, mochte die territoriale Abgrenzung auch nicht immer in der exactesten Weise vollzogen werden.

v. Poschinger sagt: „Im IV. Jahrhundert entwickelte sich übrigens die Parochialverfassung auch in den Städten.“[2] Davon kann erst recht keine Rede sein; Lupi Mario[3] hat sogar, wie Phillips[4] und Silbernagl[5] angeben und billigen, zu erweisen versucht, dafs es vor dem 11. Jahrhundert in den Städten überhaupt

---

[1] *Vita Vedasti* (dieser Bischof von Arras starb 540). Vgl. Loening II. 347 N. 2; *2. Conc. v. Tours* v. J. 567 c. 19 und *Conc. v. Auxerre*, c. 20.

[2] *dissert. 24* N. 80 und im gröfseren Werke, S. 42.

[3] *De parochiis ante annum Chr. 1000.*

[4] Lehrb. 3. Aufl. 344.

[5] Lehrb. 308.

keine Pfarreien gegeben habe.[1] Wenn dem in dieser Allgemeinheit auch nicht zugestimmt werden kann, so unterliegt es doch keinem Zweifel, dafs in den Städten ein Bedürfnifs zur Pfarreibildung weniger vorlag, und sich diese hier erst später vollzog; gab es doch selbst zur Zeit des Concils v. Trient noch Städte *„ubi nullae sunt parochiales“ (scl. ecclesiae),* wie auch solche *„ubi parochiales ecclesiae certos non habent fines nec earum rectores proprium populum, quem regant.“*[2] Das Concil von Trient widmete diesem Gegenstand seine besondere Fürsorge, und heute ist die Pfarrgliederung überall, entweder räumlich oder persönlich, auf das Bestimmteste vollzogen.

2. Die Privatrechtsfähigkeit der Localkirchen.

§ 27.

a. Geschichtliches.

Was die constantinisch-justinianeische Zeit betrifft, so fafst Loening die rechtliche Stellung der Oratorien und Landkirchen nicht im Sinne der Rechtssubjectivität auf, glaubt vielmehr, dafs erst mit der seelsorgerlichen Selbständigkeit auch die vermögensrechtliche gekommen sei.[3] Wir können dieser Ansicht nicht bei-

---

[1] Vering (Lehrb. 1881, S. 595) läfst dies ebenfalls mit Berufung auf Lupi Mario nur von den „bischöflichen Städten“ gelten.

[2] *sess. XXIV. de reform. c. 13.*

[3] I. 246: „Die bischöfliche Kirche war in dem Stadtbezirk allein das nach innen und aufsen anerkannte Rechtssubject, dessen Vertreter der Bischof war. Noch im Anfang des 5. Jahrhunderts bezeichnen die Staatsgesetze mit „Stadt-, kirche“ die von dem Recht allein anerkannte kirchliche Anstalt des Bisthums.“ Ebenso II. 632. Dann S. 634: „Innerhalb des Bisthums aber erlangten nach und nach infolge einer stätigen Entwicklung die Parochialkirchen vermögensrechtliche Selbständigkeit, d. h. die für die Zwecke einer Parochialkirche bestimmten Vermögenstheile schieden aus dem Bisthumsvermögen aus und bildeten eine besondere, der Parochialkirche als Anstalt zugehörige Vermögensmasse, die, unter der Verwaltung des Priesters stehend, der Verfügungsgewalt des Bischofs entzogen war“ . . . 634 f.: „Am Anfang des 6. Jahrhunderts finden wir die Landkirchen noch in vermögensrechtlicher Abhängigkeit von der bischöflichen Kirche. Das Bisthum ist Eigenthümer der für ihre Zwecke bestimmten Güter“ . . . 636: „Seit dem Ende des 6. Jahrhunderts wird die Selbständigkeit der Parochialkirche mehr und mehr anerkannt“ . . . 636 f.: „Aber seit dem 7. Jahrhundert wird in den Urkunden, welche den Klöstern ihre vermögens-

pflichten. Es ist zunächst eine willkürliche, durch keine Urkunde gestützte Construction, wenn Loening sagt, dafs die in Wirklichkeit für Landkirchen bestimmte Zuwendungen nur als Auflage an die bischöfliche Kirche vorkamen.[1] Loening selbst kann zwar die directen Zuwendungen an Landkirchen nicht leugnen, „aber trotzdem war das der Landkirche zugewandte Vermögen in der ausschliefslichen Verwaltung des Bischofs."[2] Das ist wieder der alte Fehlschlufs von der Verwaltung auf das Eigenthum. Der Bischof hat von jeher, wie wir sahen, für sich ein *ius gubernationis* bezüglich de *res sacrae* in Anspruch genommen, auch selbst dann, wenn diese im Privateigenthum standen. Man liefs sich dabei von der Ueberlegung leiten: da die Kirchen durch die *consecratio* dem gottesdienstlichen Gebrauch für immer überwiesen werden, der Gottesdienst aber eine ausschliefsliche und interne Angelegenheit der Kirchengewalt ist, so gebührt dieser auch das Dispositionsrecht, welches jedes Gebrauchsrecht gewährt. Auf diesem Standpunkt stand die Kirche von jeher, und steht sie noch heute; nur hat sich der Unterschied eines gewaltlichen und eines privatrechtlich-dinglichen Rechtes heute schärfer herausgebildet. Uebrigens ist gegen Loening zu bemerken, dafs auch die seelsorgerliche Verselbständigung der Pfarrkirchen die Verwaltungsfrage zunächst noch unberührt liefs. Erst die Specialisirung des Kirchenguts *quoad dominium* und die damit zusammenhängende Beneficialbildung — etwa im 9. Jahrhundert, also 400 Jahre nach der ersten Specialisirung (Viertheilung) — brachte hierin eine Aenderung, die übrigens auch dann noch radicaler hätte sein können.[3] Es ist nämlich bezeich-

---

rechtliche Unabhängigkeit von dem Bischof sichern, denselben die gleiche Selbständigkeit, wie sie die Parochialkirchen geniefsen, zuerkannt."

[1] I. 247: „Bei dem grofsen Eifer aber, welchen die Geistlichkeit entwickelte, Schenkungen, Vermächtnisse und Erbschaften für die Kirche zu erhalten, bei dem Eifer, mit welchem die Bevölkerung diesem Verlangen nachkam, mufsten es die Verhältnisse mit sich bringen (!), dafs vielfach solche Zuwendungen an die bischöfliche Kirche gemacht wurden mit der Bestimmung, dafs die Erträgnisse der Zuwendung für eine Landkirche oder den an ihr angestellten Geistlichen verwandt werden sollen." Ebenso II. 635.

[2] I. 248.

[3] Vgl. beispielsweise die *capit. de presbyteris (Pertz, p. 161) c. 4: „ut in episcopi potestate decimae sint, qualiter a presbyteris dispensentur. Conc. Tur*

nend, dafs die seelsorgerliche Verselbständigung nicht blofs verhältnifsmäfsig früher, sondern auch entschiedener erfolgte, dafs die Kirche dagegen an eine Decentralisation der kirchlichen Vermögensverwaltung erst spät und dann noch unentschieden und schweren Herzens ging.

Unsere Ansicht von der schon vor der Entwicklung der Parochialverfassung anerkannten Privatrechtsfähigkeit der Oratorien und Landkirchen stützt sich auf folgende Gründe:

Schon für das patristische Zeitalter hatte sich die Pflicht der Geistlichen herausgebildet, ihre Amtskirche letztwillig zu beschenken: Der Diakon des h. Augustinus schenkte die Hälfte seines ererbten Vermögens *„ecclesiae pauperi in eodem loco constitutae,“* d. h. der Kirche seines Heimathsortes,[1] und ein gewisser Ambrosius hinderte seinen Bruder Lupus, in den geistlichen Stand einzutreten, *„timens ne heredem institueret dei ecclesiam.“*[2] Die (moralische) Pflicht der Cleriker, ihre Kirche letztwillig zu bedenken, ist auch im *tit. 25 de peculio clericorum* der Decretalen Gregors IX. ausgesprochen. Augustinus welcher übrigens aufs strengste verbot, Zuwendungen für die Kirche anzunehmen, durch welche Kinder oder Eltern enterbt und empfindlich

---

III. 813 c. 16: „ut decimae quae singulis dabuntur ecclesiis per consulta episcoporum a presbyteris ad usum ecclesiae et pauperum summa diligentia dispensentur.“ Vgl. auch *conc. Francof. 794 c. 48.*

[1] *Serm. 356, de vit. et morib. cler., c. 4.* Es bestand die moralische Pflicht aller Geistlichen, den Kirchen, an welchen sie angestellt waren, einen Theil ihres Vermögens letztwillig zuzuwenden. Interessant ist folgende Mittheilung des *Gregor. Tur. Vit. Patr. VIII. c. 5:* Nicetius von Lyon hatte seiner Kirche nichts in seinem Testamente hinterlassen. Ein Priester machte darüber tadelnde Bemerkungen. In der Nacht erscheint ihm der Heilige mit zwei andern Heiligen und prügelt ihn dermafsen, dafs er 40 Tage das Bett hüten mufs. Loening, Geschichte des deutsch. K. R. II. 675; Salvian *(adv. avar. II. 4)* glaubte sogar, dafs diejenigen Geistlichen, welche der frommen Sitte nicht folgten, *„aeternae salutis fructu periclitantur.“* Ueber dieses Handbuch der geistlichen Erpressungskunst vgl. Loening, I. 224 f. Rechtlich stand es den Clerikern frei, über ihr nicht aus Amtseinkünften entstandenes Privatvermögen frei zu verfügen *(Gregor. M. ep. V. 128; can. Apostol. c. 39; Conc. Antioch. 341 c. 24),* und selbst die Anathematisirung, welche das *Conc. v. Carthago* v. 401 c. 14 *(Cod. eccl. Afric. c. 81)* gegen die Cleriker anwendet, die fremde Personen und nicht die Kirche zum Erben einsetzen, steht, soweit wir sehen, vereinzelt.

[2] Greg. VI. 13, bei Roth, Gesch. des Beneficialwesens, 259[58].

getroffen würden,[1] meinte sogar, jeder Gläubige solle seine Heimathskirche mit einem Kindestheil letztwillig beschenken,[2] zog dabei aber den Erbschaften die Vermächtnisse vor.[3] Die *leges Nov. Marciani, tit. V.* bestimmen: *„Sancimus, ut sive vidua, sive diaconissa . . . testamento vel codicillo suo . . . ecclesiae vel martyrio . . . aliquid ex integro vel ex parte in quacunque re vel specie credidit relinquendum, id . . . ratum firmumque consistat.“* Mag man hier *„ecclesia“* immerhin im Sinne von bischöflicher Kirche nehmen — wozu übrigens eine zwingende Veranlassung nicht vorliegt — so mufs doch v. Poschinger[4] unbedingt zugestimmt werden, dafs unter *„martyrium“* keine Kathedralkirche gemeint sein kann. Diese Novelle aus dem J. 455 bezeugt somit die Eigenthumsfähigkeit der Oratorien und Landkirchen aufs Klarste. Die Ortskirchen hatten sogar ein Intestaterbrecht in das aus kirchlichen Einkünften erworbene Vermögen ihrer Geistlichen,[5] und dieser Grundsatz ist in c. 1 Cod. Theod. V, 3 für die Cleriker aller Grade, Diaconissinnen und Mönche gleichmäfsig ausgesprochen. Hier ist überall von einer *heredis institutio* die Rede, welche doch die Persönlichkeit des Eingesetzten zur nothwendigen Voraussetzung hat.

§ 28.

Fortsetzung.

Von besonderem Interesse ist in diesem Zusammenhang die schon I. 290 ff. erwähnte l. 26 C. 1, 2, wo Justinian nicht blofs die Persönlichkeit der Localkirche ausdrücklich anerkennt, sondern in ihr für

---

[1] *Serm. 355 c. 3 sq.; ep. 262 ad Ecid.*

[2] *Serm. 355 c. 4.*

[3] *Possidius, vita August. c. 24: „frequentius quoque dicebat, securius ac tutius ecclesiam legata a defunctis dimissa debere suscipere quam hereditates forte sollicitas et damnosas.“*

[4] *dissert. 32* und das Eigenthum, S. 51.

[5] Dies leugnet Loening, I. 243 N. 1 gegen die herrschende Ansicht mit Unrecht. Wir wollen bei dieser Gelegenheit darauf hinweisen, dafs selbst nach heutigem Provinzialrecht der Grafschaft Glatz die Localkirche ein Erbrecht in den Intestatnachlafs ihres Pfarrers hat. Altmann, Praxis, 285—294. Interessant ist die hier S. 290 mitgetheilte Entscheidung der Gesetzcommission vom 9. Juni 1795 auf die Anfrage der Breslauer Oberamtsregierung v. 12. Mai 1795: „ob

das Privatrecht auch die Kirche schlechthin erblickt und sie auszeichnet. Justinian theilt hier nämlich mit,[1] dafs ihm schon viele testamentarische Erbeinsetzungen zu Gesicht gekommen seien, *„quibus aut ex asse quis scripserat dominum nostrum Jesum Christum heredem nulla adiecta sacra aede, aut ipsum dominum Jesum Christum ex semisse vel aliis inaequalibus partibus.“* Nach der bestehenden Gesetzgebung (*secundum veteres leges*) habe man nun stets Zweifel (*videmus multam inde incertitudinem . . . exoriri*), wer als Erbe eingesetzt sei. Deshalb bestimme er, wie folgt: *„si quis dominum nostrum Jesum Christum scripsit heredem vel ex asse vel ex parte, manifeste videri* ***ipsius civitatis vel castelli vel agri, in quo erat defunctus,*** *ecclesiam sanctissimam institutam esse heredem.“*

Desgleichen erwähnt der § 1 ibid. den Fall, dafs ein Mann, *„qui ex illustribus erat et in verborum et legum doctrina spectatissimus,“* einen Erzengel resp. einen Martyrer zum Erben eingesetzt habe. Die hierbei zu Tage getretene Rechtsunsicherheit will Justinian für die Zukunft beseitigt sehen durch die Bestimmung, dafs, *„si aliquis sit in illa civitate vel vicinia eius venerabilis locus,“* diese Kirche als Erbin gelte, im anderen Fall die *„venerabilia loca, quae in metropoli sunt,“* d. h. aber unter den Kirchen der Metropole nur die Kirche des betreffenden Heiligen oder Erzengels (***talis aliquis***

---

der Artikel der *Synodus Pragensis 5 de test. cler.* und dessen Declaration *vim legis* habe?“ Die Antwort lautete: „dafs der Artikel der *Synodus Pragensis 5 de test. clericorum* und dessen Declaration allerdings *vim legis* habe.“

[1] Diese Stelle ist unglossirt; wir halten dies aber mit Rücksicht auf die noch anzuführende Nov. 131 c. 9, welche dasselbe bestimmt, für nicht relevant, und das Wiesbadener Appellations- sowie Oberappellationsgericht hat im Urtheil vom 16. Octbr. 1857 und 26. Febr. 1858 diese *lex* mit Recht einer Entscheidung zu Grunde gelegt. Vgl. Archiv 20, S. 125—128. Die Fuhr'schen Eheleute zu Nieder-Gladbach hatten nämlich testamentarisch bestimmt, „dafs die katholische Kirche und Schule und Herzoglich Nassauischer Centralwaisenfonds den Nachlafs des Letztlebenden erhalten solle und zwar zu gleichen Theilen, also zu je ein Drittheil.“ Der von dem beklagten Centralwaisenfonds, welcher die ganze Erbschaft beanspruchte, erhobene Einwand, der längstlebende der Testatoren habe es unterlassen, eine bestimmte Kirche zu nennen, die Erbeinsetzung der Kirche sei daher wegen Unbestimmtheit der Erben unwirksam, wird in beiden Urtheilen unter Hinweis auf l. 26 C. 1, 2 u. Nov. 131 c. 9 als hinfällig bezeichnet und der Nieder-Gladbacher Pfarrkirche die Drittel-Erbschaft zugesprochen.

locus). Existirt eine solche Kirche nicht, dann sind erbberechtigt die Kirchen des Heimathsortes *(sanctissimae loci ecclesiae),* und zuletzt kommen, da unter den weiteren Begriff der *ecclesiae* auch die Wohlthätigkeitsanstalten fallen, *„omnes aliae domus.“*

Befinden sich aber in dem Heimathsort des Testators mehrere dem betreffenden Martyrer oder Erzengel gewidmete Kirchen, dann soll diejenige erben, wo der *„defunctus frequenter versabatur et maiorem erga illud habebat affectionem.“* Ist eine solche nicht nachweisbar, dann kommt die Erbschaft an die ärmste *(„quod est ceteris indigentius, et magis ope aliena egens“).*

Diese Codexstelle, mit welcher man Nov. 131 c. 9[1] vergleichen möge, ist in hohem Grade interessant, und die Interpretationen derselben sind beinahe noch widersprechender als diejenigen der Bibel. Wie insbesondere Seitz (S. 316) in dieser *lex* ein Argument für seine göttliche Eigenthumstheorie entdecken kann, ist uns ganz unfaſslich.

Noch widersinniger ist es, wenn Maas,[2] Hirschel[3] und die anderen Gesammtkirchentheoretiker diese Stelle für ihre Theorie ausspielen. Man erinnere sich an die waghalsigen Schlüsse, welche Hirschel aus der geistigen Einheit Christi und der *ecclesia universalis* für die privatrechtliche Einheitlichkeit des Kirchengutes zog. Wir sagten damals: Der Schluſs von dogmatischen Gestaltungen auf civilrechtliche Einrichtungen ist unstatthaft — und nichts kann

---

[1] *„Si quis nomini magni dei et servatoris nostri Jesu Christi hereditatem vel legatum reliquerit, iubemus, ut eius loci ecclesia, ubi testator domicilium habuit, relictum accipiat. Si quis vero unum ex sanctis heredem scripserit vel legatum illi reliquerit, nec specialiter locum, in quo sit venerabilis domus, nominaverit, in illo ipso autem loco vel urbe plura oratoria eiusdem sancti inveniantur, egentiori potius domui relictum praebeatur. Si vero in urbe illa non sit domus sancti illius, qui nominatus est, inveniatur autem in territorio eius, tunc illi detur, si vero nec in territorio eius talis domus inveniatur, tunc ecclesiae urbis, in qua testator domicilium habuit, relictum praebeatur.“* Von den gemeinrechtlichen Staaten hat Bayern die Codexstelle noch einmal des Besondern formulirt im Codex Max. Bavar. Th. III. cap. 6 § 4, wonach „was Gott oder seinen Heiligen überhaupt vermacht wird, zum Gottesdienste in der Pfarrkirche gehört, wo der Verstorbene zur Zeit des Absterbens eingepfarrt gewesen.“

[2] Archiv IV. 101. — [3] Archiv 34, S. 298.

unsere Ansicht mehr bestätigen als die erwähnte Codexstelle. Wäre die Gesammtkirchentheorie, und insbesondere die Auffassung Hirschels, richtig, so hätte die Erbeinsetzung Christi unbedingt als eine solche der Gesammtkirche aufgefafst werden müssen, und wenn irgendwo, wäre hier der Ort gewesen, für die gesammtkirchliche Eigenthumssubjectivität den gesetzgeberischen Ausdruck zu finden. Die Institutentheorie hat an dieser Stelle ihre werthvollste Stütze. Man darf auch nicht mit Maas, Hirschel und Anderen sagen, das vorliegende Gesetz regele nicht die Erbschafts- und Eigenthumsfrage, sondern ordne nur die praktische Ausführung an, bestimme also blofs die Ueberweisung der gesammtkirchlichen Eigenthumsobjecte an die zunächst gelegene *statio fisci.* Kein Wort giebt zu dieser Interpretation Veranlassung, und der Ausdruck der kaiserlichen *lex* erkennt das Recht der Einzelkirchen als ein eigenes und selbständiges im Sinne der erbrechtlichen Eigenthumsqualität an: *„ipsius civitatis vel castelli vel agri, in quo erat defunctus, ecclesiam sanctissimam institutam esse heredem et hereditatem peti debere per . . . eius oeconomos."*

Eine höchst unsichere Stellung hat in dieser Frage Mühlenbruch, der zuerst (S. 445) die Codexstelle für die Divinaltheorie nutzbar macht und später (S. 466) die Ansicht vertritt, „dafs eine solche Erbeinsetzung auf die dem Heilande oder dem genannten Heiligen gewidmete Kirche zu beziehen sei," freilich um schon auf der folgenden Seite „die kirchliche Gemeinde, zu welcher er sich bekannte, für eingesetzt zu halten." Wie Mühlenbruch, so sehen auch Savigny, Eichhorn, Keller, Böcking u. A. in unserer Stelle eine Stütze für die Kirchengemeindetheorie, obschon doch kein Wort eine derartige Auffassung nahe legt, dieselbe vielmehr durch die Zusätze *„nulla adiecta sacra aede"* und *„nulla facta aedis mentione"* geradezu ausgeschlossen wird. Nur die Institutentheorie darf mit gutem Rechte diese Stelle für sich in Anspruch nehmen.

So ist also bereits in der Justinianeischen Zeit die Rechtssubjectivität der Localkirche nicht blofs vollständig entwickelt, sondern die Localkirche ist geradezu der Kircheneigenthümer *κατ᾽ ἐξοχήν.*

Vor der Eigenthumsspecialisirung des Kirchenguts, — nicht blofs, wie Loening meint, vor der seelsorgerlichen Verselbständi-

gung der Localkirchen — hatte diese Rechtsfähigkeit allerdings ein besonderes Aussehen: sie glich nämlich der Persönlichkeit des *filius* oder auch *servus* im älteren Recht, d. h. die Localkirche erwarb rechtlich nicht für sich, sondern für das Bisthum, und erst durch die ausdrückliche oder stillschweigende Belassung von Seiten des Bischofs — welche bei letztwilligen Zuwendungen wohl in der Regel stattfand, sonst wäre die Justinianeische Gesetzgebung nicht begreiflich — besafs die örtliche Kirche zu eigenem Nutzen und war wirklicher und alleiniger Eigenthümer. Die Localkirche hatte hier, gerade wie die *personae alieni iuris,* alle Stadien des Peculienbesitzes zu durchmessen, und es bildete sich erst nach und nach, zuerst factisch und dann rechtlich, ein selbständiges Eigenthum gleich beim ersten Erwerb heraus.

Den Beginn und Abschlufs dieser merkwürdigen Entwicklung zu fixiren, ist bis zur Stunde nicht gut möglich. Das 9. Concil v. Toledo v. J. 655 verordnet bereits im c. 6, welcher als c. 4 C. 12 q. 3 ins Decret übergegangen ist: „*Episcopus, si tertiam partem, quam de rebus parochialium ecclesiarum sanctione paterna sibi debitam novit, aut ipsi ecclesiae, cuius res esse patebit, aut alteri ecclesiae, quam elegit, conferre decreverit, et licitum maneat et irrevocabile robur eius sententia ferat.*“ Dasselbe Concil verbietet sogar im c. 1, Vermächtnisse an Pfarrkirchen zur Kathedrale zu ziehen, wie sich überhaupt gerade in Spanien frühzeitig die Sitte entwickelte, dafs der Bischof von Pfarrkirchen nichts zu beanspruchen hatte.[1] Das 4. Concil v. Orléans v. 541, c. 33 verordnete schon: „*Si quis in agro suo aut habet aut postulat habere dioecesim* (Kirche) *primum et terras ei deputet sufficienter.*“ Die Karolingische Gesetzgebung traf dann die Bestimmung, dafs jede Kirche mit einem von allen Lasten freien *mansus* dotirt würde: *unicuique ecclesiae unus mansus integer sine ullo servitio attribuatur.*[2] Das *Capitulare Paderbornense a. 785 c. 15* bestimmte sogar, dafs jede Kirche 2 Mansus besitze; jedes Kirchenrechtslehrbuch giebt Aufschlufs über

---

[1] Vgl. Conc. Bracar. 572, c. 1 (c. 1 C. 10 q. 3), desgl. c. 2 u. 3 eod. Die Uebergangsbestimmungen des Concils v. Carpentras 527 vgl. bei Loening II. 635.

[2] Diese Bestimmung kehrt oft wieder, vgl. Richter-Dove, 1101 N. 6; sie ist auch aufgenommen als c. 25 C. 23 q. 8. Jedenfalls bezieht sich auf diese »*capitula*« auch c. 24 C. eod.

die kirchliche Gesetzgebung bezüglich fester Dotationen der Kirchen, und das Vermögen der Localkirchen wurde, wie gegen willkürliche Auflagen und Eintreibungen der Achidiakone, so auch gegen die Habsucht der Bischöfe geschützt,[1] und Privationen zu Gunsten anderer Kirchen verboten.[2] Mit dem 9. Jahrhundert war diese Entwicklung jedenfalls überall fertig.

Die Verselbständigung des localen Kirchenvermögens hat eine lange Entwicklung hinter sich, zuerst in Hinsicht der Nutzung, dann des Eigenthums und endlich rücksichtlich der Verwaltung. Das 3. Concil v. Orléans v. J. 538 bestimmte im c. 5: „*de facultatibus* (Vermögen) *vero parochiarum vel basilicarum . . . singulorum locorum consuetudo servetur.*" Ein wirklich selbständiges Localkirchenvermögen mag damals, der *singulorum locorum consuetudo* entsprechend, immerhin vorgekommen sein, jedenfalls aber war es selten: „dieses... durch rechtliche wie unrechtliche Mittel zusammengebrachte Kirchengut stand im Allgemeinen unter der Verwaltung des Diöcesanbischofs; . . . zwar konnten Klöster sowohl wie Parochialkirchen eigenes Vermögen besitzen, über dessen Verwaltung sich keine allgemeinen Grundsätze gebildet zu haben scheinen."[3] Die civilrechtliche Verselbständigung der Localkirchen, besonders auch bezüglich der Verwaltung, erscheint anfangs noch unter dem Gesichtspunkt der Exemtion[4] und wird erst nach der später noch zu betrachtenden Specialisirung des Kirchenguts *quoad dominium* (etwa 9. Jahrhundert) mehr und mehr zur Regel. Wie der deutsche Individualismus dazu führte, Städte und Burgen durch Wall und Mauer abzuschliefsen, so führte er auch zur immer schärferen vermögensrechtlichen Verselbständigung der einzelnen Kirchen. Heute ist diese Entwicklung vollendet, und es ist ein eitel Spiel, wenn

---

[1] c. 60 C. 16 q. 1; c. 1—3 C. 10 q. 3.

[2] Conc. v. Orléans v. J. 813 (c. 43 C. 16 q. 1): „*Ecclesiae antiquitus constitutae nec decimis, nec ulla possessione priventur, ita ut novis oratoriis tribuantur.*"

[3] P. Roth, Geschichte des Beneficialwesens 259. Vgl. auch S. 261 f.: „Einige Milderung bewirkte der Umstand, dafs seit dem 6. Jahrhundert einzelne Parochialkirchen und namentlich Klöster wenigstens in den Güterverhältnissen eine vom Bischof unabhängige Stellung erhielten."

[4] Vgl. P. Roth a. a. O. 262.

unsere Gesammtkirchentheoretiker jetzt noch mit Berufung auf längst antiquirte Bestimmungen von einer lehenrechtlichen oder stationenähnlichen Stellung der Localkirchen sprechen und deren vermögensrechtliche Selbständigkeit leugnen.

Früher war der Bischof der durch einen privatrechtlichen Titel geschützte ordentliche Vertreter und Verwalter der Localkirchenanstalt und ihres Vermögens; beim Abschlufs dieser Entwicklung dagegen hatte das bischöfliche Aufsichtsrecht über die Verwaltung des örtlichen Kirchenvermögens seinen Rechtsgrund in der hierarchischen Stellung des Bischofs, d. h. der Bischof übte nunmehr das Aufsichtsrecht nur als die dem Ortsgeistlichen vorgesetzte Behörde.

Nach dem Grundsatz: *ecclesia vivit lege Romana,* waren die römisch-rechtlichen Bestimmungen schon vor der Reception des römischen Rechts in Deutschland herrschend. Allerdings zeigte sich die immer noch nicht ganz beseitigte germanische Gleichgültigkeit gegen die Tempel noch in den Commercialitätsbestimmungen, wonach die Kirchen viel mehr als Objecte denn als Subjecte von Rechten erschienen, wie auch die Klöster, Stiftungen und Anstalten diese Doppelnatur haben. Zu keiner Zeit aber ging das Bewufstsein von dem Persönlichkeitscharakter der Localkirchen gänzlich verloren, und heute verbindet sich mit dem Namen »Kirche« gerade wie mit dem der Stiftung vorherrschend die Bedeutung der Rechtsträgerschaft. Wie dazu in erster Linie die Reception der römisch-rechtlichen Extracommercialitätsbestimmungen beitrug, so zeigten sich insbesondere auch die Dotationsbestimmungen hierin als fördernd. Jede Kirche, jede Kapelle, bedurfte, worauf auch Loening hinweist,[1] einer Dotation, die seit der Mitte des 6. Jahrhunderts im Grundbesitz bestehen mufste. Ein grofser Theil des Grundbesitzes — Roth nimmt bezüglich Galliens für das Ende des 7. Jahrh. sogar ein Drittheil alles Grundbesitzes an[2] — wurde so zu kirchlichen Dotationsstücken, als deren Rechtssubject die einzelne Kirche galt. Heute noch besteht die Dotationsbedürftigkeit bei den Pfarrkirchen, deren Privatrechtsfähigkeit und selbständiger Besitz am allerwenigsten bezweifelt werden darf.

---

[1] II. 653.

[2] Beneficialwesen, 249 und 253. Vgl. auch 246 ff.

b. Die rechtliche Natur der Localkirche.

§ 29.

1. Die Gesetzgebung.

Es entsteht nunmehr die schwierige Frage: ist die Persönlichkeit der Localkirche im corporativen oder anstaltlichen Sinn zu begreifen? Die im Bd. I. 342 erwähnten Civilisten und Andere entschieden sich, ohne freilich von der Controversnatur ihrer Auffassung etwas zu fühlen, im Sinn der ersten Alternative, und so kamen sie von hier aus zur Kirchengemeindetheorie. Die Institutentheoretiker sprachen sich dagegen, ohne hier besondere Schwierigkeiten zu finden, für die Anstaltsnatur aus. Beiden fehlt das rechtsgeschichtliche Verständnifs, wodurch allein diese durch die Vielspaltigkeit des Kirchenbegriffs begründete Streitfrage eine befriedigende Lösung finden kann. Unsere Frage ist in hervorragendem Grade eine entwicklungsgeschichtliche und als solche auch bereits von Gierke erkannt worden.

Der Stiftungsgedanke ist ein Erzeugnifs des spätrömischen Rechtes und auch hier lange Zeit hindurch nur in durchaus corporativer Färbung. Roth,[1] Pfeifer,[2] Kuntze,[3] Pernice,[4] Loening,[5] Gierke[6] u. A. haben bereits darauf hingewiesen, dafs die *pia corpora* sich in ihrem Ursprung ausschliefslich an die kirchlichen Anstalten anlehnten und in und mit diesen in die Reihe der Rechtssubjecte eintraten. Die spätere Technik gebraucht hierfür noch den Namen *„annexum religionis“*. Das klassisch-römische Recht hatte sich verzehrt in der einseitigen Entwicklung des Corporationsbegriffes. Diese ist, insbesondere von Gierke, III. § 4, so meisterhaft beschrieben, dafs hier die einfache Verweisung genügt. Es steht darnach fest, dafs die Begriffe der personificirten Anstalt und der selbständigen Stiftung dem römischen Recht der heidnischen Zeit schlechthin

---

[1] Jahrb. f. Dogm. I. 189 ff.

[2] Jur. Personen § 42 ff.

[3] Cursus des röm. Rechts (2. Aufl.) § 963.

[4] *Marc. Antistius Labeo I. 254.*

[5] Geschichte des deutschen Kirchenr. I. 250. ff.

[6] III. 119 und 65.

und selbst dem Keime nach fremd waren.[1] Als daher die *„ecclesiae“* durch Constantin den Charakter der Persönlichkeit erhielten, blieb keine andere Möglichkeit, als sie der im römischen Rechte ausgebildeten Corporationskategorie zu unterstellen. Die gemeinhin vertretene Ansicht, als habe sich die Persönlichkeit der Kirchen an diejenige der heidnischen Tempel angelehnt und so vornherein eine fertige Anstaltsnatur gehabt,[2] ist schon deshalb verkehrt, weil nicht der Tempel, sondern der in dem Tempel verehrte Gott Persönlichkeit besafs.[3] Die Localkirchen erschienen als die genossenschaftliche Gesammtheit der Gläubigen und das Kirchenvermögen infolgedessen als Gemeindevermögen. Wie oben die enge Verwandtschaft der Institutentheorie mit der Gesammtkirchentheorie, so erweist sich hier diejenige der Institutentheorie mit der Kirchengemeindetheorie, und es ergiebt sich von hier aus das Unvernünftige, die eine gegen die andere als unkirchliche auszuspielen. Unter der obigen Annahme finden die Ausdrücke *„concilium“*, *„conventiculum“*, *„corpus“* der Constantinischen Gesetzgebung,[4] sowie die Ausdrücke *„consortium“*, *„collegium“*, *„coetus“* *„societas“* der Justinianeischen Codification[5] erst ihre wahre Erklärung. Allerdings mufste sich mit

---

[1] Hiermit widerlegt sich der von Bolze (Der Begriff der jur. Person, 1879, S. 60) angeregte Zweifel, ob das in die röm. Priesterkasse geflossene und von Mommsen als *„pecunia publica populi Romani“* bezeichnete Geld „dem Stiftungsvermögen des heutigen Rechts an die Seite zu setzen ist.“

[2] So neuestens auch wieder Th. Müller (Ueber das Privateigenthum an kath. Kirchengebäuden, S. 17): „Nach einer deshalb berühmt gewordenen Stelle von Scaevola (l. 20 § 1 D. *de annuis legatis 33 I. „datum templo“*) hatte der Tempel selbst unter dem Namen des in ihm verehrten Gottes Rechtsfähigkeit und Eigenthum an dem durch seinen Gott ihm zugefallenen Gute. Hiermit war die juristische Form gegeben, die nur auf das Vermögen der christlichen Institute anzuwenden war, um dasselbe als kirchliches Anstaltsgut zur rechtlichen Anerkennung zu bringen.“

[3] Vgl. Bd. I. 270 ff.

[4] Edict v. 311 bei Lactantius, *de morte persecut. c. 34: „ut denuo sint Christiani et conventicula sua componant.“* Edict v. 313 bei Lactantius, c. 48: *„ad ius corporis eorum . . . corpori et conventiculis eorum reddi iubebis.“* Edict v. 321 in l. 1 C. 1, 2: *„habeat unusquisque licentiam sanctissimo catholico venerabilique concilio decedens bonorum quod optaverit relinquere.“*

[5] l. 22 C. 1, 2: *„res ad venerabiles ecclesias vel xenones, vel monasteria, vel orphanotrophia . . . vel si quid aliud tale consortium, descendentes.“*

Rücksicht darauf, dafs die *ecclesiae* mit ihren Vermögensmassen ausschliefslich von dem Bischof repräsentirt wurden, der seine Competenz zur Verwaltung und Vertretung des Kirchenguts nicht von einem genossenschaftlichen Auftrag, sondern von seiner gottgewollten Amtsbefugnifs herleitete, frühzeitig die anstaltliche Entwicklung vorbereiten, um so mehr, als auch bei der Gesammtkirche der heilsanstaltliche Charakter immer mehr in den Vordergrund trat. Gierke[1] hat bereits darauf aufmerksam gemacht, dafs schon die Attribute: *sacrosancta, sacratissima, venerabilis religiosa, beata ecclesia* die Annahme rechtfertigen, dafs *ecclesia* hier überall nicht in dem ursprünglichen Sinn von Versammlung oder Gemeinde zu nehmen ist. Es läfst sich aber auch positiv nachweisen, dafs die Vorstellung der berechtigten und verpflichteten Kirche durchweg in rein anstaltlicher Weise an die neuere Bedeutung von ecclesia als Gotteshaus anknüpft. Insbesondere wird man aus der Gleichsetzung von *ecclesia* mit *„venerabilis domus“*,[2] *„divina domus“*,[3] *„pia domus“*[4] *„venerabilis locus“*,[5] und der Parallelisirung mit *„aliae domus“*, *„aedes“*, *„martyrium“*, *„templum“* und *„oratorium“*[6] den Schlufs ziehen können, dafs der anstaltliche Charakter bereits völlig entwickelt war, wenn auch die juristische Technik, wie insbesondere die angeführten Codex- und Novellenstellen zeigen, der corporativen Formel noch benöthigt erschien. Diese Entwicklung des corporativen zum anstaltlichen Ganzen war wesentlich durch die Vieldeutigkeit der *e c c l e s i a* bedingt,[7] die man zunächst als die sichtbare

---

l. 57 (55) C. 1, 3: *„sanctissimarum ecclesiarum oeconomis aut antitistibus xenonum . . . aut a l i o r u m t a l i u m c o r p o r u m.“* l. 46 (45) § 9 C. 1, 3: *„aut simpliciter coetibus quibusdam piis aut omnino non prohibitis ex plebe c o l l e g i i s.“* Nov. 7 c. 2: *„in omni ecclesia omnique monasterio et nosocomio . . . et o m n i a b s o l u t e c o l l e g i o.“* ib. c. 9 u. 12: *„ecclesiis aut monasteriis . . . aut aliis venerabilibus c o l l e g i i s.“*

[1] III. 116 N. 15.

[2] l. 17 C. 1, 2; l. 49 (48) C. 1, 3; Nov. 7, 120, 123 c. 6, 131 c. 5.

[3] l. 7 C. 1, 2.

[4] l. 20 C. 1, 2.

[5] Nov. 7 c. 1, 3, 5; Nov. 120 c. 6, 7, 11; Nov. 131 c. 6.

[6] l. 26 C. 1, 2; Nov. 131 c. 9.

[7] Vergl. Loening, Geschichte des deutsch. Kirchenrechts, I. 214 f.

Gemeinde, oder auch als den Ort der Versammlung,[1] dann aber auch als den örtlichen Clericalverband und ferner als die in demselben hervortretende geistige Anstalt oder Stiftung begriff. Die Doppelzüngigkeit der Quellen trägt offenbar selbst die Schuld daran, dafs sich von jetzt an die Doctrin in den bedenklichsten Halbheiten gefällt, und der Mangel jeder schöpferischen Kraft der Folgezeit bedingte es, dafs man, trotzdem der anstaltliche Gedanke bereits fertig war, noch lange nicht zur richtigen Formulirung gelangte.

§ 30.

2. Die Doctrin.

Die praktische Nothwendigkeit, sich mit der privatrechtlichen Natur der Localkirche zu beschäftigen, war den Glossatoren schon durch die Legalinterpretation der l. 26 C. 1, 2 und Nov. 131 c. 9 gegeben, wonach die Erbeinsetzung Christi und seiner Heiligen eine Erbeinsetzung der *ecclesia sanctissima* des Wohnorts des Testators *(ipsius civitatis vel castelli vel agri, in quo constitutus erat)* bedeuten soll.

Bei der Erörterung über die rechtliche Natur der *ecclesia localis* bekam sowohl der anstaltliche Gedanke eine eigenthümliche Ausprägung, als die corporative Färbung durch die Zufuhr hierarchischer Momente ein besonderes Aussehen.

Schon die Anstaltsbezeichnungen der *ecclesia* in dem Codex und den Novellen: *domus, locus, aedes* u. s. w. in ihrer Parallelsetzung mit den *xenonia, orphanotrophia, gerontocomia, ptochotrophia, nosocomia* und *brephotrophia* mufsten die Anschauung erwecken, dafs das Kirchengebäude Rechtssubject sei.[2] Die alte Terminologie dauert nicht blofs bei den Glossatoren fort,[3] sondern die auch von

---

[1] Clemens v. Alexandr. Stromat. VII. c. 5: *„οὐ γὰρ νῦν τὸν τόπον, ἀλλὰ τὸ ἄθροισμα τῶν ἐλεκτῶν ἐκκλησίαν καλῶ.“* Vgl. auch das Conc. v. Carthago (401) c. 3 im *Cod. eccl. Afric.* c. 62.

[2] Das gaben schon Azo *(Summa Codicis 1, 2 nr. 3)* und die Gl. ord. zu l. 7 § ult. D. 3, 4 zu, wenn sie auch die Consequenzen nicht zogen.

[3] Rogerius, *de praescriptionibus, c. 3 nr. 9 „venerabilem locum“;* Placentinus, *de varietate actionum, I. t. 8 p. 24: „loco religioso.“* Gierke, III. 194; Placentinus (*Summa Cod. 1, 2 p. 2)* sagt geradezu *„nomine ecclesiarum*

Gierke (III. 195) besprochene Ansicht eines Erzbischofs Moyses bestätigt geradezu die Wirklichkeit dieser Gebäudetheorie. Nach diesem ist das Rechtssubject der *ecclesia* der *„locus consecratus et parietibus circumdatus,“ „quod ipse locus possideat,“* oder in einer anderen Wendung, *„quod parietes possessionem retineant“* und *„etiam durante collegio parietes possideant.“* Diese Sachpersonification, welche, wie Gierke a. a. O. treffend hervorhebt, „vergeistigt zu einem reinen Anstaltsbegriff hätte leiten müssen,“ ward aber schon von Azo (a. a. O.) und insbesondere von der Glosse (l. c.) mit dem Schlagwort *„durissimum“* und *„contra legem“* zurückgewiesen.

Die Opposition gegen die anstaltlichen Zuspitzungen entnahm selbstverständlich ihre Streitmittel der fertigen Corporationslehre, und damit stand die Kirche wieder unter dem Gesichtspunkt des örtlichen Verbandes. Die Definition des Placentinus († 1192): *„ecclesia dicitur collectio vel coadunatio virorum vel mulierum in aliquo sacro loco constitutorum vel constitutarum ad serviendum Deo“* [1] ist dafür ein treffender Belag. Die hierarchische Kirchenentwicklung brachte es hierbei mit sich, dafs dieses Corporationsganze nunmehr nicht mehr als laicale Genossenschaft, sondern vielmehr im Sinne einer clericalen Verbandseinheit verstanden wurde. Gierke hebt richtig hervor, dafs dieser clerical-genossenschaftliche Kirchenbegriff nur bei Collegiatkirchen und Klöstern vollkommen durchführbar war (III. 196). Bei Kirchen mit nichtcollegiatischer Verfassung pafste diese Formel nicht, und Azo schlug daher die Definition der *ecclesia* als *„persona constituta ad serviendum Deo vel collectio personarum plurium ad idem destinata“* [2] vor. Eine Corporation von vornherein auf einen Einzelnen zu gründen, hat jedoch keinen Sinn, und so bleibt die Azo'sche Formulirung nur der mifsglückte Versuch, die nichtcollegiatischen Kirchen neben den clericalen Genossenschaften als Personen zu erweisen. Die Corporationstheorie beherrschte so sehr die Geister, dafs z. B. Pillius in seiner *Summa Codicis 11, 7 nr. 4,* der Zeitrichtung folgend, auch die *hospitalia* und *xenodochia* zu den *collegia* zählte,

---

etiam alia loca venerabilia piis actibus deputata significantur, ut xenodochia et his consimilia.“

[1] *De varietate actionum (ed. 1530) p. 3.*

[2] *Summa Cod. 1, 2 nr. 5 sqq.*

wie auch Placentinus[1] betonte, dafs die *personae miserabiles* der Krankenhäuser selbst als *collegium* aufzufassen seien.

Wie die römische Gesetzgebung im Bunde mit der civilrechtlichen Wissenschaft die corporative Grundlage der *ecclesia localis* krampfhaft festhält, so bildet die kirchliche Doctrin, in Verwerthung des Paulinischen Vergleiches vom *mysticum corpus Christi* und des eheähnlichen Bandes zwischen Kirche und Vorsteher, den „canonistischen Anstaltsbegriff“[2] aus, freilich ohne ihn auch sofort dem Corporationsschema entziehen zu können; vielmehr stehen bis zum 13. Jahrhundert die Canonisten, was begriffliche Formulirungen anlangt, noch ganz unter dem Einflufs der ihnen in der juristischen Technik überlegenen Legisten. Mag der Gedanke von dem heilsanstaltlichen Charakter der Gesammtkirche und die Auffassung der Einzelkirche als eines verselbständigten Theils dieser Anstalt noch so sehr im Vordergrund stehen[3]: bei der Abhängigkeit von der römischrechtlichen Terminologie erschien die Subsumtion der Kirche unter den alten Genossenschaftsbegriff nach wie vor als eine rechtliche Nothwendigkeit. Zwar erneuert die Glosse zu c. 13 X. 5, 40 und c. 13 C. 12 q. 1 wieder den Versuch des Moyses, die Kirche als eine künstliche Sachpersonification zu erfassen[4] und die Kirchengüter zu begreifen als *„bona loci inclusi muro ad instar vacantis hereditatis, quae vicem personae obtinet,“* und die vielfach vorkommenden urkundlichen Wendungen: *„tradere ad loca, per loca sanctorum, solvere ad altare, consecrare ad reliquias,* Schenken an die hl. Stätte,“[5] gleichbedeutend mit *„tradere ad ecclesiam,“* dürfen wohl als Zeugnifs für die räumliche Auffassung der privatrechtlichen Kirche gelten. Aber der Auffasung der Kirche als eines persönlichen Organismus (*„cum haec*

[1] *Summa Cod. p. 3 „collegium decanorum, monachorum, sanctimonialium et miserabilium personarum in xenodochiis degentium.“*

[2] Der Nachweis dafür ist in vorzüglicher Weise von Gierke II. § 19 und 27 und III. § 8 ff. erbracht.

[3] Beweis für die anstaltliche Natur der Localkirche sind insbesondere auch die zu Gunsten der göttlichen Proprietätstheorie ausgebeuteten Stellen, welche von einem Eigenthum Gottes oder seiner Heiligen sprechen. Vgl. darüber Gierke III. 261[51].

[4] Gierke, III. 252.

[5] Gierke, II. 544. In der Note 55 daselbst die Belege.

non conveniant lapidibus et cementis" [1] oder „*ecclesia corporalis ex lapidibus, spiritualis ex hominibus congregatis construitur*" [2]) konnte nur der Corporationsbegriff genügen, und so verlief die Gegenströmung wieder im Sande. Die Auffassung der Einzelkirche als eine *universitas* oder ein *collegium* [3] mufste jedoch sehr ins Wanken kommen, als sich die Auffassung Bahn brach, dafs der Prälat nicht die Kirche und ebenso das *capitulum ecclesiae* nicht identisch mit der *ecclesia* sei. [4]

Man rang sich immer bestimmter zu der Ueberzeugung hindurch, dafs der Prälat und das Colleg die Kirche wohl repräsentiren, nicht aber ausmachen, [5] und damit war nicht blofs die Verschiedenheit des clericalen Verbandsganzen und des durch dasselbe vertretenen Rechtssubjects gegeben, sondern auch das letztere als ein diesem Ganzen von aufsen her eingepflanztes Anstaltsganze in seiner Grundlage verstanden. Immerhin ist aber die Entwicklung in einem noch keineswegs beschleunigten Tempo: das Rechtssubject der kirchlichen Anstalt vermochte dasjenige der clericalen Gesammtheit noch nicht zu verdrängen, begnügte sich vielmehr, neben demselben eine bescheidene Existenz errungen zu haben. Diese Auffassung tritt besonders bei Panormitanus († 1453 hervor, welcher die *ecclesias particulares* nicht blofs als Rechtssubjecte erweist, sondern ihnen auch die „*bona ecclesiarum quoad dominium et possessionem*" zuspricht, [6] übrigens aber auch den Prälat und das Colleg ein „*unum corpus*" bilden läfst: „*penes hoc corpus fictum et repraesentatum consistit plena administratio rerum ecclesiae.*" [7] Dies besagt auch die Form. Sirmond. I.: „*ego . . . dono donatumque in perpetuum esse volo ad basilicam s. Martini . . . vel omni congregationi ibidem consistenti.*"

---

[1] Aegidius de Bellamera, *consilia 20 nr. 11.*

[2] Johannes de Selva, *de beneficio I. q. 5 nr. 37.*

[3] Vgl. die bei Gierke III. 253 angegebenen Quellenstellen. Auch noch Johannes Parisiensis († 1306) fafst die Einzelkirche als eine selbständige clericale Genossenschaft auf *(communitas ecclesiae singularis)* und sieht die Gesammtkirche nur als eine Verbindung von Einzelkirchen an. Gierke, III. 255.

[4] Gierke, III. 255 und 257 ff.

[5] Vgl. die Quellenbelege bei Gierke, III. 259.

[6] Comm. in c. 4 X. 2, 12 nr. 20.

[7] Comm. in c. 1 X. 2, 14 nr. 14.

Es bildeten sich innerhalb der geschlossenen Persönlichkeit der Collegiatkirchen viele juristische Sonderpersönlichkeiten aus: „Prälat und Colleg in ihrer Verbindung blieben Träger der Kirchen-„persönlichkeit in ihrer Totalität. Zugleich aber war jeder dieser „Factoren für sich Träger einer juristischen Sonderpersönlichkeit „geworden. Obwohl sie daher nach wie vor Haupt und Glieder „eines einzigen Körpers sein sollten, wurden sie doch gleichzeitig als „besondere Rechtswesenheiten *(„duo entia")* und als selbständige „Körper *(„corpora separata")* innerhalb des Gesammtkörpers er-„kannt." [1] Gerade die begriffliche Analyse der Praelaturrechtswesenheit mufste sich der anstaltlichen Entwicklung günstig erweisen. Hier fehlte ja, wie auch bei den Nichtcollegiatkirchen, jedes corporative Substrat, und die Canonisten griffen zu dem Aushilfsmittel, die kirchenamtliche Institution unter dem Namen *„dignitas"* oder *„sedes"* („päpstlicher, bischöflicher Stuhl" u. s. w.) als ein kirchliches Anstaltsganze mit dem Charakter der „juristischen Person" zu bekleiden. [2] Der Anstaltsgedanke ist hier mit aller Bestimmtheit verwirklicht, wenn man das mit selbständiger Rechtswesenheit umgebene Institut auch immer noch unter das Verbandsschema rubriciren zu müssen glaubt und die corporative Coexistenz der Mitglieder in eine successive Gemeinschaft von Amtsvorgänger und Amtsnachfolger verändert. [3] Jetzt hatte man das technische Mittel, jede *ecclesia non collegiata* als unkörperliche Person zu construiren: sie waren eine Anomalie der Verbandsgemeinschaften, und das Besondere bestand darin, dafs die Genossenschaftseinheit als ein Anstaltsganzes erschien. Nunmehr endlich hatte die Entwicklung die zielbewufste, gerade Richtung genommen, und es stand nichts mehr im Weg, „jedes mit einem ständigen Vermögens- und Rechtscomplex ausgestattete Amt" zu personificiren. [4] Wie schon früher die *mensa praelati* gegenüber der *mensa capituli* und *fabrica ecclesiae*

---

[1] Gierke, III. 266 ff. — [2] Gierke, III. 270.

[3] *Innocenz IV. apparatus ad Decretál. c. 28 X. 1, 6 nr. 5: „finguntur enim eaedem personae cum praedecessoribus."* Gl. z. c. 36 X. 1, 3: *„et finguntur una persona antecessor et successor, quia contra dignitatem . . . . quae non moritur."* Gl. z. c. 14 X. 1, 29: *„pro una persona intelliguntur, quia dignitas non moritur."*

[4] Gierke, III. 273.

als juristische Sonderpersönlichkeit bestimmt hervortrat, so konnte nunmehr jede Pfründe neben der noch lange Zeit corporativ gefärbten *fabrica ecclesiae* eine besondere Rechtssubjectivität gewinnen, was sich besonders darin zeigte, dafs unter gewissen Fällen *„non nomine ecclesiae ipsius sed praebendae“* geklagt wurde.[1] Innocenz IV. vollends brachte diese Entwicklung zum Abschlufs, indem er den Zweifel: *„quomodo aget nomine praebendae, cum praebenda nihil habeat vel possideat?“* mit den Worten entkräftet: *„Respondeo: imo haec praebenda potest habere iura sua et possidere, sicut episcopatus, abbatia, hospitale vel quaecunque alia domus vel dignitas vel administratio.“*[2] Die geistige Ueberlegenheit dieses bedeutenden Mannes brachte es mit sich, dafs die Meisten diese Auffassung, wie Panormitanus[3] sagt, *„sicco pede“* wiederholten. Nunmehr ist eine unkörperliche Person construirbar,[4] welche keine Personengesammtheit und auch keine Personification einer Vermögensmasse, vielmehr das „kirchliche Rechtsinstitut *in concreto*“ ist.[5] Jetzt tritt auch bei den Stiftungen die Theorie eines *collegium miserabilium* in den Hintergrund, und *pia loca* und *domus religiosae* sind anstaltliche Rechtssubjecte. Mit welcher Zähigkeit diese anstaltliche Richtung der Canonisten ihr Ziel verfolgte, geht aus der späteren Entwicklung hervor, die hier aber nicht weiter verfolgt zu werden braucht, wonach der anstaltliche Gedanke auch in die wirklichen Genossenschaften hineingetragen und eine besondere canonistische Corporationstheorie in die Wissenschaft eingeführt wurde. Erst wenn man sich diese Entwicklungsgeschichte vergegenwärtigt, begreift man, was schon der grofse Savigny von den kirchlichen Instituten sagt: „Hier aber finden sich nicht selten „Uebergänge, die eine scharfe Begrenzung beider Klassen (der „Corporation und Stiftung) ausschliefsen, ja sogar Institute der„selben Art haben in verschiedenen Zeiten bald der einen, bald der

---

[1] Johannes Andreae, *Nov. in Decretal. c. 3 X. 2, 19 nr. 4.*

[2] *appar.* in c. 3 X. 2, 19 nr. 1—2. c. 21 X. 1, 3 nr. 7. c. 13 X. 2, 13 nr. 13.

[3] Vgl. darüber Gierke, III. 273 N. 82.

[4] Baldus (1327—1400), *Commentarius super tribus prioribus libris decretalium, c. 3 X. 2, 19 nr. 3,* welcher sich auf Innocenz beruft, fügt dessen Worten hinzu: *„quia vice personae funguntur sicut et collegium.“*

[5] Gierke, III. 274.

„andern Klasse angehört.“ [1] So waren auch die Universitäten bei ihrer Entstehung wahre Corporationen, bald der Lehrer, bald der Scholaren, heute erscheinen sie sämmtlich unter dem Gesichtspunkt der Anstalt. [2] Die *ecclesiae* unterscheiden sich nur insofern, als diese auch früher nicht so sehr wirkliche Corporationen waren, denn blofs als solche erschienen.

§ 31.

3. Der Localkirchenbegriff der Jetztzeit.

Die Localkirche rubricirt heute nicht mehr unter dem Genossenschaftsbegriff, und die Kirchengemeinde hat — was insbesondere Savigny, Puchta, Rudorff, Böcking, Keller und Eichhorn übersehen haben — da, wo sie wirklich Eigenthümerin kirchlicher Vermögenscomplexe ist, dieses Eigenthum nicht als die *ecclesia* der Justinianeischen Gesetzgebung, sondern als Corporation des modernen Rechts.

Die Localkirche ist nach der heutigen Rechtsanschauung ein anstaltliches Rechtssubject. [3] Wer nun aber in der engsten Bedeutung als der Rechtsträger dieser Kirche aufzufassen ist, das ist eine Frage, über welche die neueren Canonisten zu reflectiren nicht für werth erachteten. Man sagt: die Localkirche ist eine »juristische Person« und als solche Eigenthümerin des Kirchenguts und des Kirchengebäudes. Zugegeben! aber welches ist denn nun die begriffliche Natur dieser besitzenden Kirche? Man merkt es nur zu deutlich, dafs man unter der Kirche gerade wie Moyses, die Glossatoren und viele ältere Canonisten das Gebäude aus Stein

---

[1] System, II. 244.

[2] v. Savigny (Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter, III. § 59 und System, II. 244 f.).

[3] Vgl. insbesondere Schulte, die jur. Persönlichkeit, 21 u. 32. Nach diesem ist „die privatrechtliche Persönlichkeit der Kirche zunächst in dem einzelnen h. Hause, d. h. den Kirchen.“ Mooren, Ueber Eigenthum der Kirchhöfe, 29: „Unter einer Einzelkirche ist aber durchaus nicht das Corpus *(Collectivum)* einer Gemeinde, sondern vielmehr ein ideelles Wesen *(Abstractum)*, nämlich die Anstalt zu verstehen, die da ist, um etwas zum Heile einer gewissen Gemeinde zu verwirklichen.“

und Holz versteht.[1] Meint doch auch Gitzler, welcher gern ein Compromifs zwischen der Instituten- und Gemeindetheorie herstellen möchte: „Die Kirchengebäude geben . . mit den dazu gehörigen Parochien juristische Personen ab.“[2] Darnach wäre das Kirchengebäude Eigenthümer von sich selbst. Diese Ungereimtheit wird aber durch die moderne Fictionstheorie, welche nach dem Vorgang Ungers ebenfalls das Vermögen personificirt und dasselbe sich selbst besitzen läfst, um nichts vernünftiger. Obige Auffassung steuert mit aller Bestimmtheit der Theorie der subjectlosen Rechte zu und ist auch bereits von Brinz seiner Zwecktheorie dienstbar gemacht worden.[3]

Andere sagen nicht, dafs das Kirchengebäude selbst, sondern die in demselben existent werdende, aber von demselben verschiedene, unsichtbare »juristische Person« das Kirchengebäude zu Eigen besitzt.[4] Gewöhnlich vergifst man aber, uns dabei zu sagen,

---

[1] *Vasquez de reddit. eccl. cap. II. § 1 p. 704: „Tertia fuit illorum opinio qui dicebant, dominium esse apud ecclesiam materialem ex lapidibus constructam.“* Falck, Handb. des in Schleswig-Holstein geltenden Privatr. III. S. 742. „Was insbesondere das Vermögen der Kirche betrifft, so ist das Eigenthumssubject keineswegs die Gemeinde oder der Kirchenpatron, sondern die Kirche selber oder nach einer ganz materiellen Vorstellung das Kirchengebäude, welches kraft einer juristischen Fiction bei uns in gleicher Weise wie nach Grundsätzen des gemeinen Rechts die Rechte einer Person geniefst.“ Auch Titius, Probe des Teutschen Geistl. Rechts, 3. Aufl. II. Buch § 45 erwähnt diese Ansicht.

[2] Preufs. K. R. 396[3]; dann heifst es weiter: „Uneigentlich kann man sagen, dafs das Eigenthum der Kirchengemeinde gehört, als ja der Zweck derselben sich auf diese ausschliefslich bezieht.“

[3] Pand. 1054: „Wir müssen darum annehmen, dafs unter dem Gotteshaus die Gesammtheit der in ihm und aus ihm heraus verfolgten Zwecke (des Gottesdienstes und der übrigen *piae causae*) verstanden, dafs also das Vermögen der einzelnen Kirchen je ein für jene Zweckgesammtheiten gehöriges Vermögen ist.“

[4] Vgl. insbesondere Gierke, II. 546. Ferner Schulte, Erwerbs- und Besitzfähigkeit, 24 N. 51 und Jur. Persönlichkeit, 32[7]: „Es braucht kaum hervorgehoben zu werden, dafs aber nicht in das (steinerne, hölzerne) Gebäude die Persönlichkeit gelegt, nicht dieses als das Institut angesehen wird, sondern dafs der Anstalt, welche die betreffende *pars ecclesiae* umfafst und in ihrer Sichtbarkeit, entsprechend dem allgemeinen Geiste der Kirchenverfassung und der von ihr dogmatisch gelehrten *communio sanctorum* unter dem Patronate

was denn diese von dem Kirchengebäude verschiedene Kirche in Wahrheit ist.

Wir haben oben nachgewiesen, dafs Rechtsträger nur die natürliche oder künstliche Willenseinheit sein kann. Unsere Aufgabe ist daher, für die Kirchengebäude diesen Willensträger nachzuweisen, und da wir den körperschaftlichen Charakter desselben schon als unbrauchbar erkannt haben, wird sich die Willensträgerschaft nach Art der Stiftungssubjectivität gestalten, also als die unwiderrufliche Selbstsetzung eines Einzelwillens erklären müssen.

Der publicistische Rechtskörper der Gesammtkirche trägt als vollendeter Organismus allerdings das Criterium der Einheit an sich. Diese Einheit ist aber nicht in dem Sinn zu verstehen, als ob der Päpstliche Primat die alleinige Rechtsquelle aller Gewaltbefugnisse sei. Wenn die einseitige Ausdehnung der Paulinischen Allegorie zu anderen Resultaten führte, so hätte man doch bedenken sollen, dafs das Haupt ebensowenig ohne den übrigen Körper, als dieser ohne das Haupt ist. Es ist sogar dogmatische Lehre, — und als solche durch die Collectiverklärung der deutschen Bischöfe im Januar-Februar 1875 nochmals ausdrücklich hingestellt worden — dafs die Bischöfe ihre *iura iurisdictionis* kraft eigenen, ordentlichen und unmittelbaren Rechtes ausüben, und das *Tridentinum (c. 6 Sess. XXIII)* zählt zu der *hierarchia divina ordinatione instituta* nicht blofs die *episcopi*, sondern auch die *presbyteri* und *ministri*.[1] So besteht schon kraft göttlichen Rechts eine Fülle von Theilkörpern innerhalb der grofsen Heilsanstalt, wenn auch in nothwendiger Verbindung mit dem Ganzen, so doch mit einer mehr oder weniger selbständigen Rechtswesenheit umgeben, und die weitere, durch die Zeitbedürfnisse geforderte Entwicklung hat die Anzahl derselben noch bedeutend erhöht.

Es geht nun ein Zug durch die ganze Rechtsentwicklung, den publicistischen Verbandsexistenzen zur vernunftgemäfsen Bestreitung

---

des Heiligen bez. der Heiligen, welchen die Kirche gewidmet ist, als feste und Allen erkennbare Repräsentantin der Kirche erscheint, die Persönlichkeit zukommt."

[1] *Si quis dixerit, in ecclesia catholica non esse hierarchiam divina ordinatione institutam, quae constat ex episcopis, presbyteris et ministris: anathema sit.*

ihrer Bedürfnisse auch den unvermittelten privatrechtlichen Besitz zu gestatten. Alle römisch-rechtlichen Privatrechtssubjecte waren ihrem Ursprung und Substrat nach öffentlich-rechtliche Verbandseinheiten, deren vermögensrechtliche Befugnifssphäre, wie Gierke (III 89) treffend hervorhebt, im Anfang „überhaupt nicht als privatrechtliche Befugnifssphäre, sondern als Bestandtheil der für das *corpus* abgesonderten und verselbständigten publicistischen Sphäre betrachtet“ wurde. Als aber die Jurisprudenz die principielle Gleichberechtigung zwischen der natürlichen und künstlichen Willenseinheit begriffen hatte, spitzte sich diese öffentlich-rechtliche Vermögensbefugnifs immer mehr zur privatrechtlichen Herrschaft zu, bis endlich der Fiscus als der Staat auf dem Gebiet des Vermögensrechtes wirkliches Privatrechtssubject wurde. Die weitere Entwicklung brachte es dann mit sich, dafs sich die mehr und mehr verselbständigte, den öffentlich-rechtlichen Aufgaben abgewandte vermögensrechtliche Befugnifssphäre der publicistischen Verbandseinheiten ganz loslöste und in stiftungsmäfsiger Verhärtung ein anstaltliches, unabhängiges Dasein führte.

Diese Entwicklung ist auch insbesondere auf dem kirchenrechtlichen Gebiete zu verfolgen. Die publicistischen Theilkörper der Gesammtkirche erscheinen bereits in der Constantinischen und weiterhin in der Justinianeischen Gesetzgebung als Privatrechtssubjecte, anfangs mit genossenschaftlicher Beimischung, später aber in rein anstaltlicher Selbständigkeit: die corporative Rechtssubjectivität der um ein kirchliches Institut vereinigten Gläubigen mufste derjenigen der clericalen Vereinigung weichen, und die sich daran anschliefsende Rechtsträgerschaft des Amtsinhabers ward überholt durch die Theorie von der anstaltlichen Rechtswesenheit des Amtes. Damit war aber das Criterium der Willensträgerschaft, dem auch Gierke in seiner entwicklungsgeschichtlichen Darstellung keine besondere Beachtung schenkt, verwischt und kam nicht wieder zur Geltung.

Die an das Amt geknüpfte vermögensrechtliche Befugnifssphäre löste sich dann, wie sich dies auch beim Fiscus nachweisen läfst, von dem publicistischen Rechtskörper los, die Anwendbarkeit des öffentlich-rechtlichen Körperschaftsbegriffs auf Amt und Amtsinhaber ward durch die fortgeschrittene Jurisprudenz überhaupt als unstatthaft erkannt, und so trat die civilistische Rechtswesenheit des In-

stituts in ihrer ganzen Bestimmtheit und Unabhängigkeit hervor. Die Spaltung der kirchlichen Privatrechtssubjecte nahm nunmehr eine beschleunigtere Entwicklung. Früher hatte nur die bischöfliche Kirche volle, bürgerliche Rechtssubjectivität, später hatte sie jede Einzelkirche, und nunmehr zweigten sich immer mehr selbständige Rechtssubjectivitäten von dem centralen Rechtskörper der *ecclesia localis* ab, ohne dafs man im Rückfall in die römisch-rechtliche Corporationslehre sich einer publicistischen Individual- oder Collectivbasis benöthigt fühlte. Als diese Entwicklung ihren Abschlufs gefunden hatte, fiel es Niemand mehr ein, die vermögensrechtliche Subjectivität der Kirche an ein Amt oder die gottesdienstliche, also öffentlich-rechtliche Bedeutung der *ecclesia localis* anzulehnen, vielmehr war die vermögensrechtliche Totalität der Localkirche bereits völlig erstarrt in der **Kirchenfabrik**, d. h. in dem Rechtsträger des ungetheilten Stammvermögens der Einzelkirche, der *iura et bona communia ecclesiae:* die privatrechtliche Persönlichkeit der Localkirche ist somit die Kirchenfabrik, resp. der in der Kirchenfabrik localisirte und für immer verselbständigte kirchliche Theil- oder Sonderwillen. Eine »juristische Persönlichkeit« der Kirche neben derjenigen der Kirchenfabrik anzunehmen ist daher sinnlos. Die Kirchenfabrik ist aber auch nicht, wie Schulte,[1] Gitzler[2] und überhaupt die herrschende Ansicht meint, nach Art der *bona mensae* ein blofser verselbständigter Theil des örtlichen Kirchenvermögens, der ausschliefslich für den Unterhalt der „Kirche, der Cultusgeräthschaften u. s. w.," wie die Beneficialgüter im engeren Sinne für den Unterhalt der Cleriker bestimmt wäre, sondern die *fabrica ecclesiae* ist im Sinne des Oberbegriffs die ungetheilte Stammmasse, für jeden kirchlichen Zweck bestimmt, für welchen nicht eine abgezweigte besondere (Beneficial- oder Stiftungs-) Persönlichkeit eintritt. So erscheint schon bei der ersten Specialisirung des Kirchenvermögens nach Ausscheidung der *quarta episcopi, cleri* und *pauperum* die *quarta fabricae sive ecclesiae* als das zur Lösung der localkirchenanstaltlichen Aufgabe bestimmte Kirchengut.

---

[1] Die jurist. Persönlichkeit, 39; freilich erscheinen auch einmal bei Schulte (a. a. O. 105) „Kirchen" und „*fabricae ecclesiarum*" als identische Begriffe.

[2] K. R. S. 375 N. 4.

Wie so die Verwendung der Kirchenfabrikgüter principiell eine unbegrenzte und allgemeine ist, so läfst auch die Entstehung derselben vielfach die civilrechtliche Identität von Kirche und Kirchenfabrik erkennen. Die *bona fabricae* sind zum gröfsten Theil Oblationen, Geschenke und Legate, welche der Kirche gemacht wurden.[1] Und Permaneder[2] wie Phillips[3] haben schon darauf hingewiesen, dafs in der Fabrik einer der Hauptzwecke des Kirchenvermögens liege. Auch Hirschel erblickt in der *„fabrica ecclesiae“* das „Kirchenvermögen im engsten Sinne,“[4] desgleichen der Recensent im Archiv, Bd. 15 S. 166 den „eigentlichen kirchlichen Grundstock.“ Im französischen Recht insbesondere hat der Begriff der Kirchenfabrik als Localkirche im Privatrechtssinn die schärfste Ausprägung erfahren. *„Fabrique“* hat hier ganz die Bedeutung von Privatrechtspersönlichkeit oder auch Kasse. So spricht das *Arrêté* v. 26. Juli 1803 von *„fabriques des chapitres“*, ferner ein von der Regierung genehmigtes Règlement des Bischofs von Soissons über die Verwaltung der Kirchenfabrik, welches im Staatsrathsgutachten vom 22. Februar 1813 als aufgehoben erklärt wird, von *„fabriques des communes,“* desgleichen ein Urtheil des französischen Cassationshofs v. 6. Decbr. 1836 von *„fabrique de la commune.“*

Kirchenfabrik, Kirchenfonds, Kirchenstiftung, Kirchenärar, Kirchenkasse[5] sind die Kirche als Privatrechtsträger, ganz wie der Fiscus den Staat auf dem vermögensrechtlichen Gebiet bedeutet. Die Terminologie ist nach den Ländern verschieden: überall aber kann man diese publicistische Rechtsträgerschaft auch an die Localkirche kurzhin anlehnen, nur mufs man sich davor hüten, neben derselben dann noch eine Kirchenfabrik als besonderes Rechtssubject anzunehmen. Die Kirchenfabrik hat mit dem Fiscus dieselbe juristische Natur: die privatrechtliche Person der Kirche mufs sich nicht in der

---

[1] Vgl. Jacobson in Weiskes Rechtslexicon v. Kirchengut, S. 106.

[2] Die kirchl. Baulast, 371.

[3] Lehrb. 3. Aufl., 503.

[4] Das Eigenthum an den kath. Kirchen nach franz. Recht, S. 1.

[5] Das „Reglement über die Bildung eines allgemeinen Kirchen-Baufonds für den Regierungsbezirk Aachen“ (abgedruckt bei Hermens, II. 800 ff.) spricht gleich im Anfang von dem „Vermögen der Kirchen-Fabrikkassen.“

Fabrik abzweigen; ist aber einmal die stiftungsmäfsige Verselbständigung erfolgt, so giebt es hier nur ein Privatrechtssubject, und das ist die Kirchenfabrik.

c. Die Rechtssubjectivität der Localkirche und die anstaltliche Natur derselben in der heutigen gemeinrechtlichen Auffassung.

§ 32.

In Nassau.

Seit der 2. Hälfte dieses Jahrhunderts haben in Nassau die meisten Kirchenvermögens-Processe gespielt, so dafs in der Nassauischen Judicatur die gemeinrechtliche Auffassung der Jetztzeit am deutlichsten hervortritt. Hier interessiren uns besonders zwei Processe aus den 50er und 60er Jahren. Der erste ist bereits S. 112 besprochen und betrifft die Anwendung der nicht glossirten l. 26 C. 1, 2. Der Persönlichkeitscharakter der Kirchen wurde dadurch anerkannt, dafs mit Berufung auf die erwähnte Constitution die Miterbenqualität der katholischen Kirche zu Nieder-Gladbach durch Urtheil des Wiesbadener Appellations- und Oberappellationsgerichtes v. 16. Octbr. 1857 resp. 26. Febr. 1858 ausgesprochen wurde.

Der zweite im „Archiv für katholisches Kirchenrecht“[1] mitgetheilte Procefs wurde veranlafst durch die Verweigerung der Eintragung einer Landparzelle auf den Namen der Pfarrkirche zu Hallgarten. Die Verweigerung war von der Landoberschultheifserei zu Eltville (12. Januar 1867) damit begründet worden, dafs „die Pfarrkirche für sich als eine moralische Person nicht zu betrachten sei, wohl aber die Kirchengemeinde.“ Dieser Auffassung gab denn auch das Amtsgericht zu Eltville durch Urtheil v. 28. Januar 1867 mit Berufung auf Böhmer (!!) Ausdruck, indem es erklärte, dafs nur eine *„universitas (congregatio fidelium)* . . . also die Kirchengemeinde juristische Person“ sei. Diese Anschauung machte das Wiesbadener Hof- und Appellationsgericht durch Urtheil v. 26. März 1867 unter weiterer Berufung auf Savigny und Rotteck - Welcker (!) zu der seinigen. Diese Erkenntnisse sind eine vorzügliche Illustration dafür, wie man über

[1] Bd. 20, S. 128 ff.

schwierige kirchliche Civilrechtsfragen, welche civilistische Lehrbücher gern den Kirchenrechtscompendien und letztere ebenso gern den Lehrbüchern des Privatrechts überlassen, wegkommt: zur Entscheidung des Rechtsstreites einer katholischen Kirche weifs zunächst das Untergericht nichts vorzubringen als ein Citat aus einem Handbuch, welches die Aufschrift führt: *„ius ecclesiasticum Protestantium."* Diesem merkwürdigen Entscheidungsgrund fügt das Appellationsgericht einfach noch den Hinweis auf zwei weitere Autoren hinzu, — die es übrigens mifsversteht [1] — und das Urtheil ist wiederum fertig. [2] Es mufste dem Oberappellationsgericht vorbehalten bleiben, Abhilfe zu schaffen, indem es unter Aufhebung der genannten Urtheile die Landoberschultheifserei zu Eltville anwies, „als speciellen Erwerber" den „katholischen Kirchenfonds" des Orts einzutragen. Hierdurch war nicht blofs der Persönlichkeitscharakter der Pfarrkirchen anerkannt, sondern auch die privatrechtliche Identität von Kirchenfabrik (Kirchenfonds) und Kirche erklärt.

Das Oberappellationsgericht entschied in ersichtlicher Anlehnung an Bertram, wonach Immobilien auf den Namen der Fonds, und nicht des Kirchenfonds einzutragen seien. Die Praxis ist denn vielfach so, dafs das Kirchengebäude auf den Namen der Kirchengemeinde und die Liegenschaften auf denjenigen des Kirchenfonds eingetragen sind. In dem Grundbuch des Amtsgerichtsbezirks Kamberg zum Beispiel, das wir zu diesem Zweck eingesehen haben, ist diese Methode augenscheinlich befolgt worden. Nach all dem ist unzweifelhaft, dafs Petri sich in grofsem Irrthum befand, als er im preufsischen Abgeordnetenhause am 24. April 1875 erklärte: „In meiner Heimath (Nassau) gilt es als unbestreitbarer Rechtsgrundsatz, dafs die Kirchengemeinde Eigenthümerin des vorhandenen Kirchenguts

---

[1] Wir haben schon Bd. 1. 344 ff. dargethan, dafs die Gemeindetheorie von Savigny und Rotteck-Welcker sich nur gegen die Gesammtkirchentheorie wendet, keineswegs aber die Institutentheorie bekämpft, sich vielmehr mit dieser identificirt.

[2] Schulte sagt bezüglich eines andern Falles von Nassau: „Dieses Ländchen hat eine förmliche Berühmtheit, richtiger Berüchtigtheit durch die Art erlangt, wie dessen Justiz- und Verwaltungsbehörden die Rechtspersönlichkeit des Bisthums und der einzelnen katholischen Kirchen bis auf die neueste Zeit negirten." Jur. Persönlichkeit, 101.

ist.“ [1] Er erfuhr denn auch schon in der Kammer von Thissen (Mitglied des Limburger Domcapitels) gerechten Widerspruch. [2] Petri hielt aber trotzdem „die Behauptung aufrecht, dafs nach Nassauischem Particularrecht (!) lediglich die Kirchengemeinde Eigenthümerin des vorhandenen Kirchenvermögens ist.“ [3] Dem gegenüber ist zu betonen, dafs keine besonderen vom gemeinen Recht abweichende Bestimmungen in dieser Hinsicht in Nassau bestehen. Nach dem gemeinen Recht haben aber die katholischen Kirchen, insbesondere die Pfarrkirchen, Persönlichkeitscharakter, der nur in überwiegend protestantischen Landestheilen durch eine entgegenstehende engherzige Gewohnheit mitunter negirt wird. So giebt es nach den Motiven des preufs. Kirchenvermögensverwaltungsgesetzes v. J. 1875 „in dem Herzogthum Schleswig seit dem Jahre 1866 eine mit Corporationsrechten nicht versehene katholische Pfarrei zu Flensburg.“

§ 33.

In den übrigen gemeinrechtlichen Territorien.

Helle vertritt die Ansicht, dafs in dem mit Nassau zu einer Provinz geeinten Hessen die Gemeindetheorie recipirt sei. [4] Diese Ansicht ist ebenfalls falsch. Durch Roth-Meibom [5] ist unter Zustimmung von Schulte [6] erwiesen, dafs auch in Hessen zunächst die einzelnen Ortskirchen und kirchlichen Institute als Subjecte des Kirchenvermögens anzusehen sind, dafs das gemeine Recht hier somit ohne particulargesetzliche Abweichungen besteht. Wir haben dem nichts mehr hinzuzufügen und wollen nur noch bemerken,

---

[1] Stenogr. 1445. — [2] Stenogr. 1472.

[3] Stenogr. 1473. Petri irrt weiter, wenn er meint, es sei „nur eine einzige . . Entscheidung des Oberappellationsgerichts ergangen“; wir führten ja oben schon eine solche vom 26. Febr. 1858 an. Ebenso irrt er, wenn er bezüglich jener Entscheidung meint: „sie geht nicht so weit, wie Herr Abg. Thissen behauptet hat.“ Wir hoffen auch, dafs er sich in Folgendem getäuscht habe: „Gleichwohl haben alle Nassauischen Juristen, welche von der Sache etwas verstehen, über diese unbegreifliche (?) Entscheidung die Hände über dem Kopf zusammengeschlagen“ (!). Stenogr. 1473.

[4] Das kirchliche Vermögen, 52.

[5] Kurhess. Privatr. 242.

[6] Jur. Persönlichkeit, 93.

dafs, wenn Roth-Meibom diese Ortskirchen corporativ construiren, dies nur jenen Gelehrten, nicht aber der Kurhessischen Gesetzgebung zur Last fällt.

Pfeifer,[1] Helle,[2] Poschinger[3] und Vering[4] vertreten ferner die Ansicht, dafs die Gemeindetheorie die Württembergische Gesetzgebung beherrsche. Auch dies ist falsch.[5] Es giebt, wie auch der frühere Württembergische Cultusminister Golther betont,[6] in Württemberg 4 Kategorien von Kirchengut: 1. Vermögen des Bisthums und Domcapitels, 2. der Pfründen, 3. des Intercalarfonds, 4. der Stiftungen. Zu letzteren gehören auch die Güter der Kirchenfabrik oder des Kirchenfonds. Die kirchlichen Localstiftungen werden nach dem Verwaltungsedict v. 1. März 1822 durch den Stiftungsrath verwaltet, welcher aus den Ortsgeistlichen und dem Gemeinderathe zusammengesetzt ist. Nur bei Stiftungen, welche ausschliefslich für gottesdienstliche Zwecke bestimmt sind (hierzu gehören also die Kirchenfabrikgüter), führen Gemeinderathsmitglieder anderer Confessionen keine Stimme. Und die V. O. v. 30. Januar 1830 § 38 schärft wieder ein, dafs die Güter der Kirchenpfründen sowie alle allgemeinen und besonderen kirchlichen Fonds unter Mitaufsicht des Bischofs nur zu katholisch-kirchlichen Zwecken verwendet werden. Das Gesetz v. 30. Januar 1862 trifft Abänderungen in der Verwaltung, nicht in Eigenthumsverhältnissen, und spricht daher, wie die Motive, ebenfalls nur von der Bisthumspfründe und den Stiftungsgütern sowie vom Vermögen, „das den kirchlichen Bedürfnissen und Anstalten gewidmet.“ In Württemberg hat sich mehr als in irgend einem andern Land die Auffassung von dem Anstalts- und Stiftungscharakter der Kirchen bestimmt und herrschend erhalten. Ein wirkliches kirchengemeindliches Eigenthum wird hier

---

[1] Jur. Personen, 49 Anm. 3.

[2] S. 52. — [3] S. 279.

[4] Lehrb. des K. R. 2. Aufl. 766 N. 3.

[5] In einem bei Vogt, Sammlung kirchlicher und staatlicher Verordnungen für das Bisthum Rottenburg, 174 mitgetheilten Testament heifst es z. B.: „so substituire ich dafür die Kirche in meinem Geburtsort Flochberg.“

[6] Der Staat und die kathol. Kirche im Königreich Württemberg, 1874, S. 93 f. 414. Diese Viertheilung tritt auch in den Motiven zu dem Gesetz vom 30. Januar 1862 (ad § 19) hervor.

überhaupt schwer erweislich sein, und daran ändert sich nichts, wenn die Königl. V. O. v. 30. Jan. 1830 § 3 davon spricht, dafs „der volle Genufs“ von „Rechten“ „allen katholischen Kirchengemeinden sowie auch den einzelnen Katholiken“ zustehe; das kirchengemeindliche Eigenthum gar als herrschend annehmen, ist thöricht.

Auch nach dem bayrischen L. R. I. 7, 36. N. 8 „werden Kirchen, Spitäler, Almosenämter . . . denen Minderjährigkeit gleichgeachtet,“ sind also Personen.[1] Ebenso führt die Pragmatik vom 13. Octbr. 1764 N. 9 als Rechtssubjecte auf: „Spitäler, „Armen- und Waisenhäuser und andere zum Behuf der Armen „gemachte Stiftungen, Pfarrkirchen und Filialen, *Seminaria cleri-„corum,* Schulen und *Stipendia studiosorum* oder gestiftete *beneficia* „für Weltpriester.“ Das Concordat v. 1817 art. 8 spricht daher von *„bona . . . parochiarum, fabricarum omniumque aliarum Ecclesiasticarum fundationum.“* Hierher gehört ferner die Bestimmung, dafs die Intercalarfrüchte bei Dompräbenden der Kathedralkirche, bei Pfarr- und sonstigen Beneficien der Pfarrkirche zufallen.[2] Auch § 59 des „Revidirten Gemeindeedicts“ gehört hierher: „Das Kirchenvermögen jeder Confession und Parochie wird einer besondern Kirchenverwaltung anvertraut.“ Seuffert[3] und Luthart[4] haben daher die Kirchenstiftung[5] als ein von der Kirchengemeinde verschiedenes Rechtssubject aufgefafst. Juristisch betrachtet, ist die Kirche eine Stiftung, und die bayrische Rechtssprache hat bestimmter und öfter als irgend eine andere

[1] Ebenso zählt Kreittmayr in den Anm. zum L. R. V. 30, 2 auf: „Kirchen und Klöster, Dom- und Collegiatstifter, Priesterhäuser, Alumnat und *Instituta clericorum in communi viventium,* wie nicht weniger alle *autoritate episcopali* errichtete *pia corpora* und *fundationes,* mithin auch die auf diefs Weis errichteten Spitäler, Schulen und Bruderschaften.“

[2] Vgl. Erlafs v. 21. April 1807 und 29. November 1810. Vgl. Silbernagl, Verfassung und Verwaltung, 2. Aufl. 432.

[3] Blätter für Rechtsanwendung, XXII. 22, 2.

[4] Blätter für administrative Praxis, XI. 303.

[5] Krick, Handbuch der Verwaltung des Kirchenvermögens im K. Bayern 1880 S. 1, definirt die „Kirchenstiftung“ als jede „dem Cultus einer öffentlich anerkannten Religionsgesellschaft gewidmete Anstalt einschliefslich des ihr zu diesem Zwecke zugewendeten Vermögens an Rechten und liegenden und beweglichen Gütern.“

Particulargesetzgebung mit dem Terminus »Stiftungsvermögen« die Bedeutung des Kirchenvermögens verknüpft. Das bezeugt nicht „bloſs der oben citirte art. 8 des Concordats *(„aliarumque fun-„dationum),* sondern auch die V. U. tit. IV. § 9, wonach allen „Religionstheilen ohne Ausnahme . . . das Eigenthum der Stif-„tungen . . . nach den ursprünglichen Stiftungsurkunden . . . „sie seyen für den Cultus, den Unterricht oder die Wohlthätigkeit „bestimmt" gesichert ist. Der § 10 der V. U. umschreibt den Ausdruck Kirchenvermögen geradezu mit den Worten: „Das gesammte Stiftungsvermögen nach den drei Zwecken des Cultus, des Unterrichts und der Wohlthätigkeit." In der Beilage II. § 47 ist dafür der Ausdruck »Kirchenvermögen« gewählt, die Betonung des »Stiftungszweckes« aber läſst über dessen Natur keinen Zweifel aufkommen. Die Gemeindewahlordnung v. 1818 art. 7, führt »Kirchen« und »Siftungen« nebeneinander auf, das Hypothekengesetz (§ 20 I. 2) aber und die Proceſsordnung art. 15, 16 nur »Stiftungen« ohne »Kirchen«.

Lehrreich ist auch die Anmerkung Kreittmayrs zu Th. III. cap. VI. § 4 und 5 N. 6: „Es werden z. B. einem Pfarrer Kelch, „Meſsgewand oder Kirchenornat vermacht; da hält man *ex natura „et qualitate rei* billig dafür, daſs das Legat nicht so viel auf des „Pfarrers Person, als das pfarrliche Amt und die Pfarrkirche „gemeint sei." Hier kann doch an eine Kirchengemeinde gewiſs nicht gedacht sein.

§ 34.

Fortsetzung.

Auch in dem Groſsherzogthum Mecklenburg kommt, wie Böhlau, der hervorragendste Schriftsteller des Mecklenburgischen Landrechts ausführt, „den Kirchen . . . ohne daſs eine besondere staatliche Concession erforderlich, Personenrolle (d. h. nach unserer Auffassung: der Persönlichkeitscharakter) zu." [1] Ihm ist dies ein „vom Landrecht nie bezweifelter Satz."

---

[1] Mecklenburgisches Landr. III. 64. Mit Berufung auf Raabe, IV. 178 (R. R. 14/2. 14).

Freilich meint er dann, ob dieser Satz „sich für Mecklenburg nicht auf die lutherische Landeskirche beschränkt, könnte fraglich sein . . . denn nach Landeskirchenrecht ist jede vom Lutherischen Bekenntnifs abweichende Religionsübung Häresie, Kirche also nicht.“ [1] Böhlau selbst entscheidet sich dann aber folgendermafsen: „Dessen ungeachtet mufs privatrechtlich die Personenrolle aller christlichen Confessionskirchen anerkannt werden.“ [2] Wir stimmen diesem Resultate vollständig bei; denn nach gemeinem Recht, welches auch in Mecklenburg gilt, speciell dem Augsburgischen Religionsfrieden und dem Westfälischen Frieden, ist die bürgerliche Gleichstellung der drei christlichen Kirchen eine unbestreitbare Thatsache. Und Böhlau betont, dafs es in Mecklenburg an einem particularrechtlichen Satze fehlt, welcher diese vermögensrechtliche Gleichstellung aller drei Confessionen abgeändert hätte, „wenigstens fehlt es „einerseits an allen specialgesetzlichen Bestimmungen, durch welche „die vermögensrechtlichen Angelegenheiten dieser Kirchen auf ein „anderes rechtliches Fundament — Specialconcession u. dgl. — ge„stellt worden wären, und anderntheils sind kathol. Kirchen-Aerarien „im hochofficiellen Style einfach als solche anerkannt.“

Hiermit steht freilich folgendes uns bekannt gewordene Schreiben des Grofsh. Mecklenburgischen Ministeriums an den kath. Geistlichen Brinkwirth in Rostock v. 21. Aug. 1883 im grellsten Widerspruch: „Auf Ihren Vortrag vom 23. Novbr. v. J. wird Ihnen nach statt„gehabtem Gehör des Magistrats zu Rostock in Gemäfsheit Aller„höchster Bestimmung erwidert, dafs Ihrem Gesuch um Ertheilung „der Erlaubnifs zum Bau einer kath. Kirche daselbst nicht gewill„fahrt werden kann, da die Katholiken daselbst weder das „Recht der öffentlichen Religionsübungen haben, noch „eine Gemeinde mit juristischer Persönlichkeit und dem „Rechte zum Erwerb von Eigenthum bilden . . . Uebrigens „steht der Herrichtung oder Erbauung einer besonderen Räum„lichkeit für den katholischen Gottesdienst daselbst (ohne Thurm „und ohne Glocken) und der Benutzung derselben kein recht„liches Hindernifs entgegen, sofern der Eigenthümer des betreffenden „Grundstückes solches gestattet. Dabei wird ausdrücklich darauf

---

[1] S. 64 f. — [2] S. 65.

„aufmerksam gemacht, dafs der Erwerb des fraglichen Grund-„stücks von Seiten der katholischen Stiftung ebenso wie „von Seiten der kath. Gemeinde unzulässig sein würde.“ Leben wir denn noch in der Zeit der Katakomben? Was haben denn die Katholiken in Mecklenburg verbrochen, dafs man ihnen sogar die gemeinrechtlich zustehende Befugnifs der öffentlichen Religionsübung durch Specialbestimmungen entzogen sehen will? [1] Mögen sich Katholiken und Protestanten in dogmatischer Consequenz immerhin als Haeretiker ansehen — darin finden wir weder etwas Merkwürdiges noch Verletzendes — ist es aber mit der Stellung eines Culturstaates vereinbar, diese im Bekenntnifs bestehenden

[1] Die Rheinbundacte v. J. 1806, Art. 4 und die späteren Beitrittsurkunden erkannten den drei christlichen Confessionen gleiche „bürgerliche und politische Rechte“ zu, und die deutsche Bundesacte v. J. 1815 Art. 16 nahm ebenfalls diese Bestimmung auf, wie auch die „Grundrechte“ von 1848 (art. 4) und die deutsche Reichsverfassung von 1849 § 146 die Bestimmung haben: „Durch das religiöse Bekenntnifs wird der Genufs der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte weder bedingt noch beschränkt.“ Zachariä (Aegidis Ztschr. f. deutsch. Staatsr. 1865, S. 25 ff.), Linde (Gleichberechtigung der Augsburg. Conf. mit der kath. Kirche 1853) und Vering (Lehrb. 2. Aufl. 104) sprachen sich bereits dahin aus, dafs in dieser Bestimmung auch die Gewährung der öffentlichen Religionsübung nothwendiger Weise enthalten sei. Aber anläfslich der Beschwerde, welche seiner Zeit Frhr. v. der Kettenburg gegen die Mecklenburgische Regierung beim Deutschen Bundestag einlegte, entschied derselbe nicht zu Gunsten des Beschwerdeführers (vgl. Aulicke, Beiträge z. preufs. und deutsch. K. R., Heft 3, S. 61 ff. und Archiv 9, S. 357 ff.). Wer sich ans Wort anklammert, wird sagen können, dafs das Recht der öffentlichen Religionsübung weder ein speciell politisches oder staatsbürgerliches, noch specifisch bürgerliches Recht und dieses deshalb in der Bundesacte nicht gemeint sei. Wer aber über den Buchstaben den Geist setzt — und *„scire leges hoc non est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem“* (l. 17 D. 1, 3) — und die ganze Tendenz und Entstehungsgeschichte des Art. 16 der D. B. A. ins Auge fafst (vgl. z. B. Archiv 9, S. 339 ff.), der mufs auf dem Standpunkt des Lippe-Detmold'schen Edicts vom 9. März 1854 stehen, in dessen Eingang der Fürst erklärt, dafs er den Präjudicialpunkt, nämlich die Gleichheit zur Cultusberechtigung der drei christl. Confessionen, durch seinen Beitritt zum Rheinbunde und den Art. 16 der D. B. A. bereits für erledigt halte und deshalb nur eine Vollzugsverordnung erlasse. Darauf weist auch der § 18 des Reichsdeputationshauptschlusses v. 1803: „Jeder Landeseinwohner geniefst der ungestörten Gewissensfreiheit und in Ansehung der Art seiner Gottesverehrung desgleichen Schutzes.“

Differenzen auch ins Staatsleben hineinzuziehen und ihnen hier einen so gehässigen Ausdruck zu verleihen? Und wenn man dies denn nicht lassen kann, wie kleinlich ist es, diese Verfehmung noch gar ins Privatrechtsleben hineinzuspielen und die Eigenthumsfähigkeit zu negiren! Wir haben eine viel zu hohe Meinung von der Stellung des heutigen Staates, als dafs wir es mit seiner Würde für vereinbar halten könnten, wenn derselbe es empfiehlt und die Gelegenheit weist, auf Schleichwegen etwas zu erreichen, was er selbst voll und freudig geben sollte, aber wegen selbstgeschaffener oder eingebildeter Hindernisse nicht geben will. Die Verfügung verräth nicht blofs einen durchaus kleinlichen und unversöhnlichen Standpunkt, sondern sie ist auch ungesetzlich. Das Mecklenburgische Landrecht begreift die Kirchen in gemeinrechtlicher Auffassung als unkörperliche Personen und zwar als Anstalts- und Stiftungsganze, und es ist keine einzige Gesetzesstelle nachzuweisen, wonach die in dogmatischer Hinsicht und leider auch in öffentlichrechtlicher Beziehung als häretisch behandelten katholischen Kirchen als eigenthumsunfähig zu betrachten wären, vielmehr geht ihr privatrechtlicher Persönlichkeitscharakter aus vielen Stellen deutlich hervor.[1]

Man spricht vielfach von mittelalterlicher Befangenheit. Ein Pendant bieten aber auch die Kirchenverhältnisse in Mecklenburg-Strelitz, wo der ständige Aufenthalt eines katholischen Priesters, „um Aufregung zu vermeiden," nicht gestattet ist. Der Missionspriester von Wittstock in Brandenburg hält sich daher jeden Monat 10 Tage in Neustrelitz auf, um Gottesdienst zu halten und die Sterbesacramente zu spenden. Andere Functionen, insbesondere die Spendung der h. Taufe, sind ihm jedoch bei Strafe untersagt, aufser wenn in jedem einzelnen Falle die Regierung ihre Genehmigung ertheilt, und er eine Schreibgebühr von 1 Thlr. und 20 Schilling zahlt.[2] So wird auch hier durch eine unseren heutigen Culturverhältnissen geradezu hohnsprechende Gesetzgebung die gemeinrechtlich bestehende Privatrechtsfähigkeit der katholischen Kirchen vernichtet. Es ist wahrlich ein bedauernswerthes Zeugnifs

---

[1] Böhlau, III. 66 ff.

[2] Archiv, Bd. 6 S. 373, 461 ff. Vering, Lehrb. 2. Aufl. 212 N. 25.

für Neustrelitz, wenn der ständige Aufenthalt eines kath. Geistlichen daselbst schon »Aufregung« hervorruft, und es ist die höchste Zeit, dafs diese auch das Privatrecht berührende Intoleranz in der Richtung des doch daselbst geltenden gemeinen Rechts gemäfsigt wird.

Die Verhältnisse im Herzogthum Braunschweig sind ebenfalls, wenn auch erträglicher als in Mecklenburg-Strelitz, im höchsten Grade verbesserungsbedürftig. Nach dem Reglement von 1768 hatte noch keine kath. Kirche Parochialrechte und aufser den drei Städten Braunschweig, Wolfenbüttel und Helmstädt, wo schon gröfsere kath. Gemeinden waren, mufste der kath. Priester vor der jedesmaligen Spendung der Sterbesacramente beim protestantischen Pfarramte und der weltlichen Behörde die Anzeige machen. [1] Das Gesetz vom 23. Mai 1848 beseitigte allerdings „alle Rechtsungleichheiten, sowohl im öffentlichen als im Privatrechte, welche Folgen des Glaubensbekenntnisses sind,“ doch „vorbehaltlich der noch bestehenden Parochialgerechtsame und der übrigen kirchlichen Verhältnisse.“ Erst durch das Gesetz v. 10. Mai 1867, „die Ordnung der kirchlichen Verhältnisse der Katholiken im hiesigen Lande betr.,“ [2] wurde der protestantische Parochialzwang für die kath. Kirchengemeinden in Braunschweig, Helmstädt und Wolfenbüttel und für diejenigen Gemeinden, welche künftig die staatliche Anerkennung erlangen würden, aufgehoben. In Blankenburg, Söllingen und Holzminden besteht aber noch der protestantische Pfarrzwang, und wiederholt an die Regierung gerichtete Gesuche um bürgerliche Anerkennung der katholischen Parochialrechte wurden abschlägig beschieden. Will daher dort der kath. Geistliche taufen, trauen oder beerdigen, so mufs er, auch noch nach dem Gesetz v. 1867, dazu bei dem protestantischen Pfarramt die Erlaubnifs nachsuchen und demselben über den Vollzug Bericht erstatten. Unterläfst er die Einholung der Genehmigung, so verfällt er einer Geldstrafe von 10 Thlrn. 20 Sgr. ev. 14 Tage Arrest. Die Verpflichtung der Katholiken zur Entrichtung von Stolgebühren an die protestantischen Pastoren wurde erst durch Gesetz vom 31. Mai 1871 aufgehoben. [3] Wir

---

[1] Vering, 210. — [2] Abgedruckt im Archiv 19, S. 405 ff.

[3] Archiv 42, S. 174 ff. Ueber diese Entwicklung vgl. auch Vering, Lehrb. 2. Aufl. 210 f.

wollen übrigens diese Gelegenheit nicht vorübergehen lassen, ohne ausdrücklich zu erklären, dafs auch die katholische Kirche den protestantischen Religionsverwandten in dieser Richtung noch manches schuldet. Die unbedingte Pfarrpurification ist eine sittliche Forderung, welche die Jetztzeit doch endlich einmal voll und ganz erfüllen sollte.

Die braunschweigische Gesetzgebung wird zwar von dem Vorwurf der Engherzigkeit gegen die Katholiken nicht ganz freigesprochen werden können, immerhin aber ist zu betonen, dafs dieselbe nie so weit gegangen ist, die privatrechtliche Selbständigkeit der einzelnen katholischen Kirchen unmöglich zu machen.

Viel besser liegen die Verhältnisse in Lippe-Detmold, wo bereits nach 1807 die hochherzige Fürstin Pauline den Katholiken das Recht des öffentlichen Gottesdienstes gewährte, worauf sich diese in Detmold eine Kirche bauten. Der 9. März des Jahres 1854 brachte dann die volle Gleichstellung von Katholiken und Lutheranern, und durch Erectionsurkunde vom 30. November desselben Jahres errichtete der damalige Bischof Franz Drepper von Paderborn 5 katholische Pfarreien. Durch Art. 6 des erwähnten landesfürstlichen Edictes v. 1854 wurden den Katholiken alle und jegliche Parochialrechte und die ungehinderte Ausübung aller religiösen Gebräuche freigegeben. Zu Anfang der 60er Jahre fanden wieder Verhandlungen zwischen dem Bischof und der Regierung statt über die Verwaltung des Kirchenvermögens, bezüglich dessen die Regierung eine Revision der Rechnungen in Anspruch nehmen wollte, sich aber schliefslich mit der ihr gewährten blofsen Einsicht in die Verwaltung begnügte.[1] Die private Rechtsfähigkeit der katholischen Kirchen blieb in Lippe-Detmold unangetastet. Aehnlich steht es mit Waldeck,[2] welches heute 3 Pfarreien mit selbständigen Parochialrechten hat: Arolsen, Eppe und Pyrmont. Schon § 42 der V. U. v. 17. Aug. 1852 hatte bestimmt: „Die evangelische „und die römisch-katholische Kirche, sowie jede andere Religions„gesellschaft bleibt im Besitze und Genufs der für ihre Cultus-, „Unterrichts- und Wohlthätigkeitszwecke bestimmten Anstalten,

---

[1] Vering, Lehrb. 215.

[2] Vgl. die Actenstücke im Archiv 9, S. 18—26. Ebenso Vering, Lehrb. 216 f.

„Stiftungen und Vermögensstücke." Die Privatrechtsfähigkeit der einzelnen katholischen Kirchen wurde hier nie angezweifelt. Dasselbe ist zu sagen von Oldenburg, das 34 katholische Pfarrkirchen mit noch nie bezweifelter Privatrechtssubjectivität besitzt. Das Entgegenkommen der Oldenburgischen Regierung gegenüber den Kirchenbehörden war stets ein wohlwollendes, und das Revid. Staatsgrundgesetz v. 22. Novbr. 1852 in seinen Art. 76, 77 u. 80 zeigt, daſs Oldenburg auf einem wahrhaft freisinnigen Standpunkt steht. Auch in Sachsen-Weimar und den übrigen kleineren Staaten Norddeutschlands ist, soweit wir sehen, die gemeinrechtlich bestehende Privatrechtsfähigkeit und Anstaltsnatur katholischer Kirchen niemals durch die Particulargesetzgebung negirt worden. Insbesondere ist in Meiningen schon durch das Grundgesetz v. J. 1829 (§ 33, tit. IV.) durch „die Dotation der Kirchen und Schulen", sowie die Wendung: „Vermögen eingegangener Kirchen und Schulen und anderer frommen Stiftungen" die Anstaltstheorie recipirt, und es ist uns nicht bekannt, daſs man diesen Grundsatz den Katholiken gegenüber auſser Kraft gesetzt hätte.

B. Die Eigenthumssubjectivität der **Kirchengemeinden.**

§ 35.

Historische Entwicklung des Kirchengemeindebegriffs.

Der Eifer der Gesammtkirchen- wie Institutentheoretiker hat weit über das Ziel hinausgeführt: Man begnügte sich nicht damit, die Construction des gesammten Kirchenvermögens als Gemeindegut für einen Irrthum zu erklären, sondern man bezeichnete, wie wir sahen, überhaupt schon die Annahme eines Kirchengemeindevermögens als einen Angriff auf das katholische Dogma und die Verfassung der Kirche. Hier überall ist denn auch selbstverständlich die Rechtssubjectivität der Kirchengemeinden negirt, und Maas läſst es mit der kurzen Bemerkung genügen: „Die sogenannte Kirchspielsgemeinde existirt bekanntlich nicht als Rechtssubject." [1]

---

[1] Archiv 8, S. 134[2]

Wir können dieser Ansicht nicht beipflichten, geben aber zu, dafs hier die Entwicklung keineswegs gleichmäfsig verlaufen ist, und auch noch nicht überall ihren Abschlufs gefunden hat. Nirgends sind die Schwierigkeiten so grofs wie hier, und auf die erste Specialuntersuchung haben wir immer noch zu warten.

Nach unserem Dafürhalten haben drei Momente auf die Entwicklung des Kirchengemeindebegriffs einen bestimmenden Einflufs ausgeübt.

I. Wir haben bereits früher nachgewiesen, dafs die technische Ausbildung des Stiftungsbegriffs verhältnifsmäfsig späten Datums ist, und dafs selbst nach der Erkenntnifs von dem anstaltlichen Charakter der Kirchen diese terminologisch noch lange als Corporationsganze erscheinen. Die Jurisprudenz begriff anfangs die Kirche als die genossenschaftliche Gesammtheit der durch gemeinschaftliche Cultübung in einem bestimmten Kirchengebäude geeinten Gläubigen. So erklären sich die von den Gemeindetheoretikern insgesammt mifsdeuteten Ausdrücke: *corpus, consortium, collegium coetus,* und berichtigt sich besonders auch die an die Bezeichnung *„conventiculum“* zu Gunsten der Kirchengemeindetheorie geknüpfte Folgerung Hüblers.[1] Wir dürfen aber dabei nicht vergessen, dafs diese nach Aufsen als Corporation, also als Gemeinde erscheinenden Kirchen in Wirklichkeit Anstaltsganze waren und nur aus technischen Unzulänglichkeitsgründen unter der Genossenschaftsrubrik erscheinen, und dafs ferner diese Genossenschaft doch nur sehr vereinzelt von der Jurisprudenz im Sinne der localen Vereinigung aller Gläubigen verstanden wurde.[2] Doch wenn auch für den Anfang, — wo einestheils der Anstaltsbegriff überhaupt

[1] S. 86. Er meint: dafs bei *Lactant. de mort. persec. 48* „unzweifelhaft der Gemeinden als Eigenthümer gedacht wird — das geht nicht blofs aus dem Worte *conventiculum,* sondern vor Allem aus der bei Corporationen technischen Terminologie *ius corporis Christianorum* hervor.“ Vgl. auch Brinz. Pand. 1053. Etwas abgeschwächt Schulte: *„Vox »conventiculis« ad communitates certo trahi potest.“ Dissert. 26.*

[2] Dafs sie überhaupt vorkam, geht hervor aus *Archidiaconus Guido de Baysio, appartus ad Decretum,* z. c. 13 C. 12 q. 1, wo als Eigenthümer des Kirchenguts erwähnt wird *„ipse locus sacer conclusus a parietibus ecclesiae“* oder *„ipse Deus“* oder *„ipsa prima collectio fidelium.“* Vgl. Gierke, III. 272. N. 78.

noch unverstanden war, sowie eine gröfsere Mitbethätigung der Laien an der Ordnung der kirchlichen Angelegenheiten stattfand, und anderntheils die kirchlichen Institute entweder noch keinen Bestand oder zum wenigsten noch keine Dauer versprechende Festigkeit hatten, und die lebensfähigen und glaubensstarken örtlichen Personenverbände fast ausschliefslich als Träger der christlichen Ideen erschienen — es zweifelhaft sein sollte, ob die Kirchen jener Zeit auch nach unseren heutigen Begriffen als wirkliche Anstaltsganze aufzufassen seien, so könnte dieser Zweifel doch in keiner Weise für die spätere Zeit bestehen, welche die kirchliche Anstalt als eine besondere von der Corporation verschiedene Wesenheit begriff, den Laieneinflufs immer mehr einschränkte und schliefslich, nachdem die durch feste territoriale Abgrenzung sowie eine organische Zusammengehörigkeit zwischen Pfarrgenossen und Pfarrkirche verselbständigten Pfarrinstitute verfassungsmäfsig eingegliedert waren, von einer corporativen Färbung nichts mehr erkennen läfst. Als die Jurisprudenz so weit war, die Kirchen als Anstaltsganze begrifflich zu erfassen, waren sie ganz und ausschliefslich auch wirkliche Anstalten geworden. So war der erste Anlauf zur genossenschaftlichen Ausprägung der Kirchen allerdings im Sande verlaufen, immerhin aber genügend Material aufgehäuft worden, was bei der Wiederaufnahme dieser Bestrebungen zu Gute kommen mufste.

II. Durch die Reformation kam die Gemeindetheorie wieder in Flufs[1] und erfuhr eine entschiedene Weiterbildung. Luther stellte die Gemeinde in den Mittelpunkt der kirchlichen Verfassung, und das wesentliche Criterium dieses Presbyterial- oder Synodalsystems besteht darin, dafs die Kirchengemeinden ein autonomes

---

Dagegen kennt z. B. Jason de Mayno (1435—1519) in seinem *comment. ad. l. 83 § 5 D. de V. O. nr. 30* von *ecclesia* nur die zwei Bedeutungen: *„locus parietibus circumdatus“* und *„totum capitulum ecclesiae.“*

[1] Luther, Sermon vom Bann: „Die Gewalt des Bannes ist der heiligen Mutter, der christlichen Kirche, d. i. der Gemeine aller Christen, von Christo gegeben“ (Gieseler, Kirchengesch. III. 2, S. 355, N. 6). Zwingli (bei Gieseler, III. 1, 153 f.): „Dafs der Bann kein besunder Mensch jeman uflegen mag, sunder die Kilch, das ist Gemeinsame dero, under denen der Bannwürdig wohnet, mit sammt dem Wächter, das ist der Pfarrer.“ Ueber die neuesten Gestaltungen vgl. Gierke, I. 860.

Kirchenregiment, insbesondere auch die kirchendisciplinarischen Functionen, durch die aus ihrer Mitte gewählten Presbyterien, und in weiterer Instanz durch die Synoden, ausüben. Es machte sich in Anlehnung an 1. Petr. 2, 9 und Rom. 8, 9 gleich im Anfang der Reformation die allerdings nicht immer consequent vertretene Anschauung geltend, dafs die Gesammtheit der Gläubigen das von Gott gewollte Priesterthum, die Kirchengemeinde daher nicht ein blofses Object der priesterlichen Wirksamkeit,[1] sondern geradezu der Träger der localen Kirchengewalt sei. Aus diesem Princip folgte nun noch nicht mit innerer Nothwendigkeit ein privatrechtlicher Persönlichkeitscharakter der Gemeinde, — die gegentheilige Ansicht wurde schon oben zurückgewiesen — aber es unterliegt keinem Zweifel, dafs die öffentliche Rechtsträgerschaft der Gemeinden die Annahme einer Privatrechtssphäre derselben sehr nahe legte. Und so wiederholte sich der früher skizzirte römisch-rechtliche Entwicklungsgang auch hier: um den publicistischen Kern bildete sich eine civilistische Rechtssphäre, und die Privatrechtssubjectivität der Kirchengemeinde war fertig.[2] Diese zunächst durch den Protestantismus entwickelte und für protestantische Länder codificirte Rechtsanschauung konnte in der Folgezeit um so weniger als Differenzpunkt des katholischen und evangelischen Bekenntnisses gelten, als die evangelischen Gemeinden durch die weitere Entwicklung immer mehr an ihrer Selbständigkeit verloren, so dafs sie in Wahrheit nicht mehr als publicistische Rechtsträger schlechthin und überall in Betracht kommen konnten, und weil auch innerhalb der protestantischen Kirche die Privatrechtsfähigkeit, ganz dem früher erkannten Entwicklungsgange entsprechend, sich wieder vielfach in besonderen Instituten abzweigte, nicht selten sogar, wie das später zu besprechende Rescript des Cultusministers Eichhorn für Brandenburg erweist, in diesen von vornherein auftrat.[3] Nachdem aber in der Gemeindetheorie nicht mehr eine confessionelle Eigenthümlichkeit hervortrat, konnte, durch die Rechtsanschauung protestantischer Länder gefördert, die Theorie vom Kirchengemeindeeigenthum um so leichter in katholischen Ländern

[1] Gierke hat hierfür die passende Bezeichnung „Passivbürger“ gewählt, II. 540.
[2] Vgl. Gierke, I. 860[71].
[3] Vgl. auch unsere Ausführung Bd. I. 332 ff.

Eingang finden, als ja auch hier seit dem 13. Jahrhundert sog. *provisores seu vitrici seu altirmanni* und fast ganz allgemein seit dem 16. Jahrhundert *magistri fabricae et mensae pauperum* oder Kirchmeister und Armenpfleger Antheil an der Verwaltung des Kirchengutes hatten,[1] und eine falsche Doctrin bis in die neueste Zeit Verwaltungsrechte sowie Beitrags- und Baupflichten nur durch ein vorhandenes Eigenthumsrecht zu erklären versuchte, sowie originäre und mandirte Vertretungsbefugnisse nicht unterschied.

Was so durch die historischen Ereignisse gezeitigt war, wurde durch die Wissenschaft geprüft, und hier war es, wo die sub I beschriebenen Auffassungen wieder bedeutsam wurden. Wir haben hier ein schönes Bild gegenseitiger Causalität. Wissenschaft und Gesetzgebung wurden vorbereitet und bestimmt durch die thatsächlichen Verhältnisse und gestalteten hinwiederum diese. Die mifsverstandenen Quellenstellen der Justinianeischen Gesetzgebung in Verbindung mit der Auffassung der älteren Doctrin von einem kirchlichen Corporationsgut wurden im Sinne eines wirklichen Gemeindeeigenthums gedeutet, und die Kirche als Kirchengemeinde begriffen;[2] der hin und wieder erhobene Einwand, dafs die Gemeindetheorie den katholischen Verfassungsprincipien widerstreite, mufste sich als unwirksam erweisen, da die *facultas* zu irgend welcher Selbständigkeit der Laien in der Kirche, zumal *in temporalibus,* nicht bestreitbar ist, und die Kirchengemeinden von der Kirchenbehörde gerade so gut umschrieben und eingerichtet sind als die kirchlichen Institute. Wir sahen allerdings, dafs auch der

[1] Jacobson in der Deutschen Zeitschr. 1855, S. 183 und Kirchenrecht, 199.

[2] Roth-Meibom, Kurhess. Privatrecht, I. 242 nimmt: „als Träger der mit dem Namen der Ortskirche bezeichneten jur. Persönlichkeit die durch die Kirchengesetze in einem bestimmten Sprengel unter einem Pfarrer verbundene Kirchen- oder Pfarrgemeinde an, welche als Rechtssubject in vermögensrechtlicher Beziehung mit dem Namen Kirchenkasten bezeichnet zu werden pflegt.“ Büff. Kurh. K. R. 730: „In diesem Sinn ist die individuelle Kirchengemeinde (ἐκκλησία) oder Kirche (κυριακή) Inhaber des Kirchenvermögens.“ Ferner Weber Systemat. Darstellung des im Königreich Sachsen geltenden Kirchenrechts, II. 487. So erscheinen auch noch neuestens bei Uhrig (Tüb. Theol. Quartalschr. 1878, S. 589) „Kirchengemeinde“ und *„ecclesia“* als identische Begriffe, wie von fast sämmtlichen kirchenfreundlichen Schriftstellern des französischen Kirchenvermögensrechtes, wie wir später sehen werden, dieser Fehler gemacht wurde.

Rechtsirrthum zur Entwicklung der Kirchengemeindetheorie das Seinige beigetragen hat; doch darf das in keiner Weise als ein Beweis gegen die Rechtsständigkeit ausgespielt werden, sonst müfsten wir schliefslich auch die Geltung des zum Theil aus Rechtsirrthum recipirten *corpus iuris civilis* bestreiten.[1]

III. Was die Gemeindetheorie sodann wesentlich fördern mufste, war das Parallelverhältnifs zwischen Kirchen- und Civilgemeinde, welch beide sich zudem früher räumlich gewöhnlich deckten.[2] Es lag nahe, den Persönlichkeitscharakter den ersteren beizulegen, da er den letzteren nicht vorenthalten war,[3] und man darf jetzt wohl mit Thudichum sagen: „Die katholische Ortskirchengemeinde, welche nach canonischem Rechte (noch) keine Corporation bildet, ist nach den deutschen Staatsgesetzen allerwärts als solche anerkannt.“[4]

Wir wollen freilich nicht behaupten, dafs sich deshalb auch schon die letzten Consequenzen dieser Rechtsbildung überall dem Bewufstsein ankündigen. Nach unserem Dafürhalten ist ein wirkliches kirchengemeindliches Vermögen aufserordentlich selten, aber auch da, wo ein solches, vielleicht durch den klaren Wortlaut einer Schenkungsurkunde, begründet und nachweisbar ist, stehen wir nicht selten erst recht vor einem Räthsel bezüglich der corporativen Verwaltung und Vertretung. Wir haben es bei der Entwicklungsgeschichte der Corporations- und Anstaltslehre recht gut verfolgen können, wie nicht selten Rechtsgedanken Jahrhunderte lang auf Verhältnisse schon einen bestimmenden Einflufs ausübten, ohne dafs es der juristischen Technik gelingen wollte, diesen Gedanken die begriffliche Formulirung zu geben; und wiederum können Jahrhunderte vergehen, bevor alle Folgerungen aus der Rechtsver-

---

[1] Vgl. auch des Vfs. Schrift: Der Begriff des kirchlichen Strafvergehens, S. 71.

[2] Vgl. die Urkundenstellen bei Gierke, II. 541 f., N. 48; hiernach war der Ausdruck *„universitas parochianorum ecclesie“* sehr geläufig. An einer Stelle ist hier die Rede von den *„communibus bonis ecclesie, que vulgo gallice dicuntur, cummene.“*

[3] Vgl. v. Savigny (System, II. 248—252), besonders aber Gierke, I. § 8, 33, 34, 49, 57. Das geltende Recht ist gewöhnlich in Gemeindeordnungen niedergelegt, vgl. beispielsweise die sächs. Städteordnung § 28 und die Landgemeindeordnung § 56.

[4] Deutsches Kirchenrecht, II. 229.

schiebung gezogen sind oder gar im fertigen System verewigt werden. Wenn wir recht sehen, so ist die kirchengemeindliche Rechtssubjectivität allerdings als eine vollendete Thatsache hinzunehmen, aus welcher jedoch noch die letzten Consequenzen gezogen werden müssen. Wir haben es hier mit einem durch allerlei verfehlte Einflüsse gezeitigten, krüppelhaften Wesen zu thun, das zudem noch in Kleidern steckt, die Schritt für Schritt seine Bewegung hemmen.

Zum Wesen der Corporation gehört das Recht der selbständigen Verwaltung. Es mufs späteren Forschungen vorbehalten bleiben, festzustellen, inwieweit das Verwaltungsrecht der Kirchenvorsteher zu den verschiedenen Zeiten als ein nicht auf bischöflichem Mandat beruhendes, sondern originäres Corporationsrecht erscheint. Dafs die kirchliche Gesetzgebung diese Auffassung nicht begünstigt, und die curialistische Wissenschaft sich nicht gerade in den Dienst dieser Theorie stellt, ist begreiflich. Künftige Forscher müssen daher darthun, inwieweit andere Umstände die Richtung wiesen und die vermögensrechtliche Selbständigkeit der Kirchengemeinden vollendeten. Die heutige Rechtsanschauung spiegelt sich am besten in dem preufsischen Vermögensverwaltungsgesetz v. 20. Juni 1875 wieder, welches von einer bischöflichen Bestätigung der Kirchenvorsteher nichts kennt und denselben die volle und alleinige Vertretung der ihrer Verwaltung unterstellten kirchlichen Vermögensmassen überläfst. Dieses Gesetz bezweckt gewifs keine Aenderung des materiellen Rechts — die Motive und die Kammerdebatten haben dies über allen Zweifel klargestellt,[1] — es will lediglich organisatorisch sein;[2] aber wir müssen dem Prälaten Holtzmann zu-

[1] So heifst es in den Commissionsverhandlungen § 3 Eingang: Zu § 3 wurde von den Regierungscommissaren bemerkt: „Die Regierungsvorlage beabsichtigte keine Abänderung bestehender Eigenthumsverhältnisse, sondern nur die formelle Ordnung der Gemeindevermögensverwaltung“ (zu N. 3 § 3). Gneist (Stenogr. Bericht 1456): „so ist wiederholt declarirt worden, über die Eigenthumsfrage wird hier nichts entschieden.“ Derselbe schon früher, Stenogr. 1449. Vgl. auch Hinschius, die preufs. Kirchengesetze der Jahre 1874/5, S. 123 f.

[2] Der Regierungscommissar (Förster) bezeichnet es als „ein Gesetz, welches organisatorische Einrichtungen nach einer bestimmten Richtung hin in das katholische Gemeindeleben einführen solle“ (2. Lesung, 24. April 1875. Stenogr. 1444). Ebenso der Cultusminister Falk. Darauf Windthort (Stenogr. 1454):

stimmen, welcher in den Verhandlungen der 1. bad. Kammer bei der Berathung des Stiftungsgesetzentwurfes (22. März 1870) sagte: „jedes derartige Gesetz habe einen Gedankenhintergrund, der „ihm vielleicht unbewufst zu Grunde liege, der aber wohl von „gröfserer Bedeutung sei als die im Gesetze selbst ausgesprochenen „Rechtssätze.“ [1] Dieser Gedankenhintergrund nun wurde bezüglich unseres Kirchenvermögensverwaltungsgesetzes durch die Aeufserung von Windthorst (Bielefeld): „der ganze Gesetzentwurf beruht auf der wichtigen Voraussetzung, dafs die Trägerin des kirchlichen Eigenthums, des kirchlichen Vermögens die kirchliche Gemeinde sei“ — genügend gekennzeichnet. [2] — Wir halten daher dieses Gesetz nicht blofs für organisatorisch. Die hier gewollte durchaus selbständige und *iure proprio* geübte vermögensrechtliche Vertretung und Verwaltung des localen Kirchengutes (§ 8 und 51) [3] durch den Kirchenvorstand ist mit der Institutentheorie, welche im Bischof den berufenen, allerdings durch den Kirchenvorstand vertretbaren Verwalter erblickt, nicht vereinbar; dagegen wird hier durch die

---

„Ich bin mit der Interpretation des H. Cultusministers insofern zufrieden, als dieselbe mindestens das Unrecht etwas mildert. Aber wer steht mir denn dafür, dafs diese Interpretation des Cultusministers demnächst im Leben wirklich Platz greifen wird?“

[1] Verhandlungen der 1. Kammer, 169.

[2] Vgl. ferner Brüel (Stenogr. 1442). Interessant ist in dieser Hinsicht auch eine von Respondek in der 3. Lesung gemachte Mittheilung: „Zu § 8 wurde von einem Mitgliede beantragt, in Absatz 2 die Worte „und die Gemeinde“ zu streichen, weil damit der Grundsatz des Gemeindeeigenthums am Kirchenvermögen anerkannt sein würde. Es wurde dagegen erinnert, dafs im Gebiet des allgemeinen Landrechts und in andern Landestheilen die Gemeinde als Vermögenssubject anerkannt sei“ (Stenogr. 1622).

[3] Die Motive kennzeichnen die Bedeutung des Gesetzes nicht genügend, wenn sie den Zweck desselben nur darin finden, „eine Mitwirkung bei der Besorgung der kirchlichen Vermögensangelegenheiten, insbesondere bei der kirchlichen Vermögensverwaltung, zu sichern.“ Dieser Standpunkt ist ja auch mit der Institutentheorie vereinbar, wonach der Kirchenvorstand der Mandatar des Bischofs ist. In Wirklichkeit erscheint diese „Mitwirkung“ in dem preufsischen Gesetze aber als ein originäres, *iure proprio* zustehendes Verwaltungsrecht, mithin als ein Corporationsrecht. Die Befürchtungen des Centrums (z. B. Gerlach, 3. Lesung, Stenogr. 1617; Respondek, Stenogr. 1621 u. s. w.), das Gesetz möchte auch eine materiellrechtliche Bedeutung haben, sind somit begründet.

Freigebung der Verwaltung, also durch Constituirung des letzten entscheidenden Merkmals, vielleicht ohne es zu wollen, die nachhaltigste Stütze für die Gemeindetheorie geschaffen. Sehr lehrreich sind in Rücksicht des Zusammenhangs von Eigenthum und Verwaltungsselbständigkeit die Statuten der St. Hedwigskirche in Berlin v. J. 1812[1] und 1870.[2] Das erstere beruht ganz auf der kirchengemeindlichen Eigenthumstheorie und bestimmt in § 16 bezüglich des Kirchenvorstehercollegiums: „Den bischöflichen Behörden darf es keine Einmischung in die Temporalien zugestehen." Das zweite aber, in dessen § 1 als Träger aller kirchlichen Rechte „die mit allen pfarrlichen Rechten versehene St. Hedwigspfarrei" erklärt wird, „deren Haupt- und Mutterkirche die Kirche zu St. Hedwig ist," bestimmt, dafs die Kirchenvorsteher „dem Fürstbischof von Breslau zur Bestätigung vorgeschlagen" werden (§ 17). Desgleichen kann „vom Herrn Fürstbischof bei gegebener Veranlassung jeder Vorsteher seines Amtes entbunden werden" (§ 20), und der § 22 besagt ausdrücklich, dafs der Pfarrer (Probst) „nicht im Namen und Auftrag des Kirchencollegiums" handelt.

Wichtig ist ferner, dafs nur dort, wo ein kirchengemeindliches Eigenthum undenkbar ist, z. B. den Dom-, Militär- und Anstaltskirchen, von der Gemeindeverwaltung Abstand genommen wurde (vgl. Motive, Anlage 16, S. 219), wie auch die Militär-Kirchen-Ordnung v. 12. Febr. 1832 den Zusammenhang zwischen Eigenthums- und Verwaltungsrecht dadurch anerkennt, dafs sie die im „Eigenthum des Staates" stehenden Militär- oder Garnisonkirchen (§ 113) unter der Oberaufsicht des Kriegsministeriums (Abs. 2) durch ein aus drei näher bezeichneten Offizieren resp. Militärbeamten bestehendes „Curatorium oder Kirchencollegium" verwalten läfst. Dafs von einem militärgemeindlichen Eigenthum hier keine Rede sein kann, ergiebt sich schon aus der vermögensrechtlichen Unselbständigkeit der Militärgemeinden, wie insbesondere der lediglich auf einem Staatsauftrag beruhenden Stellung dieses Collegiums. Man darf allerdings nicht jedes Verwaltungsrecht als Zeichen eines bestehenden Eigenthumsrechts ansehen, aber das steht aufser allem Zweifel: die Stellung eines nicht eigenthumsberechtigten Verwalters

[1] Archiv 27, S. 88 ff. — [2] Archiv 27, S. 95 ff.

besteht nie *iure proprio,* sondern beruht auf einem Auftrag. Das Verwaltungsrecht des Eigenthümers aber ist ein unabhängiges und selbsteigenes und darf nur aus bestimmten fürsorgenden Gründen demselben entzogen werden. Kirchengemeinden, überhaupt Corporationen, sind aber immer fähig, ihre Geschäfte selbst zu führen, und somit können wir folgende Sätze aufstellen:

1. Wenn die Kirchengemeinde Eigenthümerin von kirchlichen Vermögensstücken ist, darf ihr die Verwaltung daran nur aus bestimmten gesetzlichen Gründen entzogen werden.
2. Beim Fehlen von kirchengemeindlichen Verwaltungsrechten haben die Kirchengemeinden — falls sie eine freiwillige oder gesetzliche Uebertragung nicht nachweisen können — auch keine Eigenthumsrechte.
3. Der Schlufs von einem der Kirchengemeinde zustehenden Verwaltungsrecht auf ein Eigenthumsrecht ist nur dann, und dann aber auch ausnahmslos, gestattet, wenn das Verwaltungsrecht als selbständig und unabhängig erscheint und sich nicht auf einen Auftrag gründet. [1]

Wir müssen daher gestehen: das Gesetz v. 20. Juni 1875 hat nicht unsern Beifall, weil es die nur für ein gemeindliches Eigenthum passenden Grundsätze ohne weiteres auf das locale Kirchenvermögen schlechthin Anwendung finden läfst, das nach unserer festen Ueberzeugung — selbst im Gebiete des preufsischen A. L. R. — vorherrschend als Anstalts- und nicht als Corporationsgut existirt; [2] aber berechtigt oder unberechtigt, ist das Gesetz die Signatur

---

[1] Hierdurch ist der Zusammenhang zwischen Eigenthums- und Verwaltungsfrage erwiesen. Windthorst (Meppen) hat sich eines wirksamen Arguments vergeben, indem er mit Reichensperger die Frage nach dem Kircheneigenthum für eine „Doctorfrage“ erklärte und meinte: „Wenn nun vorhin wiederholt, auch gestern, die Frage aufgeworfen ist: wem gehört das Kirchenvermögen? so glaube ich, dafs es darauf hier gar nicht ankommt.“ Stenogr. 305.

[2] Der preufsische Gesetzgeber ist insofern gerechtfertigt, als im Gebiet des A. L. R., wie wir sehen werden, eine gesetzliche Vermuthung zu Gunsten des Kirchengemeindevermögens besteht: er traf also seine organisatorischen Bestimmungen *a parte maiori,* und das ist im Princip zu billigen. Wir halten aber, wie wir später begründen werden, die genannte *praesumtio* für verfehlt und müssen darauf hinweisen, dafs dieselbe weder in den zu Preufsen gehörigen Landestheilen des französischen noch denjenigen des gemeinen Rechts besteht. Wir

seiner Zeit, welche die Rechtssubjectivität der Kirchengemeinde verlangt. Der preufsische Gesetzgeber that hier dasselbe, was der kirchliche in der Patronatsgesetzgebung des M. A. gethan hat:[1] er nimmt nicht durch einen saecularisationsähnlichen Ausspruch eine zwangsweise Eigenthumsverschiebung vor, aber die getroffenen sog. organisatorischen Bestimmungen sind nur von einer ganz bestimmten materiellrechtlichen Anschauung aus berechtigt und begreiflich.[2] So bereitet man Enteignungen vor, ohne das Odium des Expropriators tragen zu müssen. Das canonische und preufsische Recht haben sich daher gegenseitig nichts vorzuwerfen.

§ 36.

Kirche und Kirchengemeinde.

Die örtliche Kirche, wie wir sie als Eigenthumssubject früher betrachtet haben, ist das mit einer bestimmten kirchlichen Aufgabe betraute und mit materiellen Mitteln ausgestattete Institut, das, wovon hier aber nicht weiter die Rede sein soll, seine private Rechtsfähigkeit meistens in einem besonderen Institut (Fabrik) abgezweigt hat. Die Pfarrkirche ist somit die localisirte christliche Heilsanstalt, welcher die in der Pfarrei (Parochie) domicilirenden und nicht eximirten Confessionsangehörigen (Parochianen, Pfarrkinder, Pfarrgenossen) zugewiesen sind.

hätten es für richtiger gehalten, wenn für die organisatorischen Bestimmungen des kirchlichen Vermögensrechtes nicht die Kirchengemeinde-, sondern die Institutentheorie den Hintergrund abgegeben hätte, und dieselben nach Art des Berliner St. Hedwigsstatuts ausgefallen wären.

[1] Vgl. S. 57 dieses Bandes.

[2] Ganz so operirte man im bayrischen Rechtsgebiet, wo ein mehrfacher Verwaltungsschub stattfand, der für die Eigenthumsfrage selbstverständlich nicht belanglos blieb. Durch V. O. v. 19. Decbr. 1806 und das Organ. Edict v. 1. Oct. 1807 lag die Verwaltung des Kirchen- wie des Gemeindeguts in den Händen der Staatsbehörde; die V. O. v. 6. März 1817 betraute mit der Verwaltung des örtlichen Stiftungsvermögens die Civilgemeinden; durch das Gemeindeedict v. 1834 jedoch wurde die Kirchenvermögensverwaltung besonderen Kirchenverwaltungen übertragen, welche mit dem preufsischen Kirchenvorstand die meiste Aehnlichkeit haben. Auch diese sind durchaus selbständige Vertreter des localen Kirchenvermögens und haben sogar in dem Gemeindevorsteher unter Umständen ein akatholisches Mitglied.

Die Kirchengemeinde ist die Corporation der zu einer Kirche gehörenden Confessionsgenossen.[1] Die Pfarrgemeinde ist somit die Corporation der zu einer (örtlich oder persönlich) abgegrenzten Pfarrei gehörenden Confessionsgenossen.[2]

Die Pfarrei (Parochie) ist entweder identisch mit Pfarrinstitut, oder bedeutet den Pfarrbezirk, gerade wie Bisthum, die Pfarrei des Bischofs, sowohl den bischöflichen Stuhl als den Diöcesansprengel bezeichnet. Da nun die juristische Persönlichkeit des Pfarrinstituts in der Pfarrkirche existent wird, kann man wohl Pfarrei und Pfarrkirche identificiren,[3] nicht aber, wie dies geschieht, Pfarrei und Pfarrgemeinde[4] oder Pfarrgemeinde und

---

[1] Savigny, System II. 266: „eine individuelle Kirchengemeinde, das heifst die Corporation der zu dieser Kirche gehörenden Christen.“ Vgl. auch Eichhorn, Kirchenrecht II. 648; Hoffmann. Versuch einer Darstellung des sächs. K. R. 32. Nicht ganz richtig Gräff (Eigenthum der Kirche, 17, 24): „Die kirchlichen Gemeinden, d. h. die Corporation der zu jeder Pfarrkirche (!) gehörenden Christen.“

[2] Der Unterschied zwischen Kirchen- und Pfarrgemeinde liegt somit zu Tage (vergl. auch die Entscheidungen des preufsischen Obertribunals im Bd. 41, S. 312 und im Archiv 20, S. 435 ff.). Gast-, Filial-, Sepultur- und Kapellengemeinden sind wohl Kirchen-, aber keine Pfarrgemeinden, stehen zu letzteren vielmehr nur im Verhältnifs des Theils zum Ganzen. Wir können nicht jeden Satz der erwähnten oberstrichterlichen Erkenntnisse unterschreiben, müssen ferner aber auch die im Archiv, 20, S. 435 vertretene Auffassung zurückweisen, als ob in dem letzterwähnten Urtheil die Anstaltspersönlichkeit der Kirche gegen die körperschaftliche Eigenthumssubjectivität der Pfarrgemeinde vertheidigt würde. Diese Streitfrage ist hier völlig offen gelassen. — Ueber die Definition von Pfarrgemeinde („die Gesammtheit der Pfarreingesessenen mit Rücksicht auf ihre rechtliche Stellung in dem kath. Organismus“) vgl. die Motive zum kirchl. Vermögensverwaltungsgesetz v. 20. Juni 1875, Anlage N. 16, S. 211.

[3] Vgl. insbesondere *Conc. Trid. sess. XXIV: de ref. c. 13: „ubi parochiales ecclesiae certos non habent fines.“* So erklärt sich auch die Wendung Savignys von der „individuellen Persönlichkeit der einzelnen Kirchen, insbesondere der Parochien“ (System II. 271). Das Statut der Berliner St. Hedwigskirche v. J. 1870 § 1: „Die mit allen pfarrlichen Rechten versehene St. Hedwigspfarrei, deren Haupt- und Mutterkirche die Kirche zu St. Hedwig ist.“ Vgl. auch eine gelegentliche Bemerkung Moorens (Ueber Eigenthum an Kirchhöfen, 28) und Archiv 17, S. 94: „Kirchenfabrik resp. Pastorat.“

[4] Dies geschieht insbesondere im Preufsischen A. L. R. II. 11, § 237 ff.: „Von Parochien,“ mit welchen sich im § 320, 323, 325, 326 ff. die »Gemeine« als identisch erweist. An anderen Stellen, z. B. § 237, 245 ff., erscheint die

Pfarrkirche.[1] Diese Begriffe wurden aber nie auseinandergehalten, und da sich unter den vieldeutigen Pfarrbegriff auch noch das Pfarrbeneficium verlor,[2] war die Verwirrung fertig.

Die Pfarrei als Bezirksbegriff und als Pfarrbeneficium beschäftigt uns hier nicht, weil der Bezirk nie eine unkörperliche Person sein kann, und das Beneficium eine besondere Darstellung finden mufs. Somit bleibt nur noch die Pfarrei als Pfarrinstitut oder Pfarrkirche und, wie man irrthümlich will, als Pfarrgemeinde übrig. Wie nun die Einschiebung des Begriffs der *res ecclesiasticae* zwischen die *res sacrae* und die *bona ecclesiastica* den Sacral- und Kirchengutsbegriff verdunkelte, so wurde zwischen der Pfarrkirche und der Pfarrgemeinde die Pfarrei nur zu oft die jenen gleiche dritte Gröfse, und es ist die höchste Zeit, den Kirchen- und Kirchengemeindebegriff nun einmal scharf voneinander zu scheiden.

Die Kirche ist das der Kirchengemeinde eingepflanzte Anstaltsganze, und die Kirchengemeinde ist der um das Centrum der Kirche gebildete genossenschaftliche Verband. Früher, wo der Anstaltsgedanke noch nicht seine begriffliche Durchbildung erfahren hatte, fafste man auch die Kirche als Corporation: Kirche und Kirchengemeinde erschienen somit identisch, sie waren es aber nicht. Diese Unsicherheit blieb auch später, als sich die begriffliche Scheidung der Anstalts- und Corporationsganzen bereits vollzogen hatte. Am bezeichnendsten ist in dieser Hinsicht die Auffassung Gitzlers. Dieser hält, wie erwähnt, für den Eigenthümer des Kirchenvermögens „die Kirche, für welche es erworben worden ist, mit den zu ihr gehörigen Parochianen.“[3] An einer anderen Stelle hinwiederum heifst es: „Die Parochien wurden durch die Kirchen

Parochie als »District«, im § 238 als Pfarrinstitut, sonst als Pfarrbeneficium; insbesondere ist dies die herrschende Bedeutung von »Pfarre« im 10. Abschnitt des A. L. R. II. tit. 11.

[1] Vgl. die im Bd. I. 342 genannten Schriftsteller.

[2] Dies ist sogar heute die herrschende Bedeutung von »Pfarre«, »Pfarrei«, »Parochie«, sowohl im preufsischen A. L. R., wie in der bayrischen und sächsischen Gesetzgebung. Desgleichen hat ein bei Roth-Meibom 254 mitgetheiltes O. A. G. Erkenntnifs v. 25. Febr. 1837 sich dahin ausgesprochen, dafs unter »Pfarrei« „nur das Pfarramt zu verstehen sei.“

[3] Lehrb. 316.

juristische Personen, welche die Kirche nebst dem, was ihr gehörte, zum Eigenthum erhielten." [1] Man kann also die Ansicht der Doctrin dahin zusammenfassen: Die Kirche oder die Kirchengemeinde, die Kirche und die Kirchengemeinde, die Kirche mit der Kirchengemeinde ist Eigenthümer des localen Kirchengutes.

Diese Halbheiten müssen endlich überwunden werden, nicht blofs in der Hinsicht, dafs jede einseitige und ausschliefsende Entscheidung bezüglich der Eigenthumsträgerschaft des Kirchenguts oder auch nur des gesammten localen Kirchenvermögens verworfen wird, sondern auch besonders durch eine bestimmte Scheidung des Kirchen- und Kirchengemeindebegriffs. Kirchen wie Kirchengemeinden sind heute »unkörperliche Personen«, können somit beide Eigenthumssubject sein: ihre Eigenthumsträgerschaft *in concreto* ist jedesmal besonders zu prüfen, und der Beweis wird durch Praesumtionen erleichtert; im Gebiet des preufsischen A. L. R. spricht diese für die Kirchengemeinde (II. 11 § 160 u. 170), im Gebiet des gemeinen Rechts für die Kirche (l. 26. C. 1, 2).

Wir haben nur noch folgende Frage zu beantworten: Sind Kirche und Kirchengemeinde blofs verschiedene technische Constructionen, oder innerlich verschiedene Wesen? Für die ältere Zeit müssen wir diese Frage ohne Zweifel im Sinne einer blofs technischen oder constructiven Verschiedenheit entscheiden. Heute aber, wo die Entwicklung des Anstalts- und Corporationsbegriffs ihren Abschlufs gefunden hat, ist die Annahme einer innerlichen Verschiedenheit von Kirche und Kirchengemeinde geboten. Die Analyse der beiden Begriffe zeigt zwar dieselbe Elementenzusammensetzung: Kirche (Pfarrei) und Confessionsgenossen. Aber wie der Unterschied der chemischen Stoffe sich nicht blofs auf die Verschiedenheit der Elemente, sondern aufserdem auf diejenige der Verbindung gründet, so entsteht auch bei juristischen Wesenheiten eine innerliche Verschiedenheit, jenachdem die Mischung oder Zusammenstellung der juristischen Elemente erfolgt. Bei der Kirche ist das Institut das festgewurzelte Centrum, um welches sich die Kirchgenossen wie die Kinder um die Mutter sammeln; bei der Kirchengemeinde dagegen steht der genossenschaftliche Verband im

[1] Lehrb. 370.

Vordergrund, zu dessen Nutz und Frommen die Errichtung des Instituts erfolgte. Dort ist daher die Anstalt, hier die Corporation Träger der Rechte, und dieser Unterschied zeigt sich schon während der Bestandszeit in der Verwaltung, indem diese für den Fall eines genossenschaftlichen Eigenthums der Körperschaft selbst gebührt,[1] und die Kirchengemeinde hierin keineswegs als Mandatar erscheint. Kirche und Kirchengemeinde sind daher ganz verschiedene Rechtsträger, und wenn wir auch der Ansicht sind, dafs in der Regel und *in concreto* bezüglich des Hauptcomplexes des localen Kirchenvermögens immer nur die eine dieser beiden Eigenthümer ist, so spricht das doch nicht gegen die Eigenthumsfähigkeit der anderen *in abstracto*.

§ 37.

Das heutige kirchengemeindliche Eigenthum.

Die vermögensrechtliche Persönlichkeit der Kirchengemeinde hat sich weder im römischen noch älteren deutschen Rechte entwickelt, die Kirchengemeinden sind vielmehr Körperschaftsverbände des neueren und neuesten Rechtes. Die allgemeine in Gesetzen wie in der Wissenschaft hervortretende, fast ausnahmslos durch irrthüm-

[1] Die Selbstverwaltung ist, worauf wir schon hinwiesen, ein wesentliches Corporationsrecht, das je nach dem Corporationsstatut allerdings der Ausübung nach übertragen werden kann; doch ist ein diesbezüglicher Uebertragungsact strictissime zu beweisen. Wir stimmen somit Fr. v. Sybel (Das altkatholische Bisthum. 42) bei: „Eine Vereinigung mehrerer Menschen mufs zu diesem Zwecke eine Vertretung besitzen; sie kann die Ausübung ihrer Rechte aber offenbar ganz ausschliefslich diesen Vertretern übertragen, ohne deshalb im Mindesten ihr Recht selbst aufzugeben.“ Es ist aber ein grofser Irrthum und ein totales Verkennen der historischen Entwicklung, wenn er fortfährt: „Dies ist der Fall in der katholischen Kirche. Die Kirchengesellschaft hat durch ihre Verfassung die Ausübung ihrer Vermögensrechte fast ausschliefslich den kirchlichen Obern übertragen, aber keineswegs auch das Recht selbst.“ — Wir möchten hiergegen nur erinnern: 1. Die locale Kirchengesellschaft hat in der kath. Kirche nie das Recht besessen, sich eine eigene Verfassung zu geben. 2. Eine Uebertragung im Sybel'schen Sinn ist unnachweisbar. 3. Die Geschichte zeigt auf jedem Blatt, dafs das Recht der Vermögensverwaltung der Kirchengemeinden auf bischöflichem Auftrag, nicht aber das bischöfliche Vertretungsrecht auf gemeindlichem Mandat beruht.

liche Voraussetzungen bedingte Ueberzeugung hat zu dieser Neubildung gedrängt, die sich dann in unsicherem Tasten, allmählich und nach den erheblichsten Schwankungen, vollzog und heute noch nicht völlig abgeschlossen zu sein scheint; insbesondere ist der Unterschied zwischen einer der Corporation *iure proprio* zustehenden Verwaltung und einer abgeleiteten anstaltlichen Vertretungsbefugnifs noch nicht vollständig begriffen und in den Gesetzen entweder gar nicht oder doch nicht mit hinlänglicher Bestimmtheit zum Ausdruck gebracht.

Ein wirkliches Gemeindeeigenthum dürfte sich, besonders im Gebiete des gemeinen Rechts, freilich verhältnifsmäfsig seltener finden, als man bis jetzt annimmt. Denn für das Anstaltsgut spricht hier nicht blofs die Praesumtion, sondern auch die begünstigende Haltung der Curie sowie ein langer Besitzstand. Die Rechtsfähigkeit der Kirchengemeinden *in abstracto* wird man aber nach dem Gang der allerdings durch mannigfachen Rechtsirrthum bedingten Entwicklung, welche noch in ihrem heutigen Stadium die Spuren räthselhafter Zwitterbildungen zeigt, nicht bezweifeln können.

Hier handelt es sich nicht darum, den nach unserer Ueberzeugung unerbringbaren Beweis zu führen, dafs es nur oder doch vorzugsweise nur kirchengemeindliches Eigenthum gebe, sondern darzuthun, dafs die kath. Kirchengemeinden überhaupt Eigenthümer von Vermögensstücken sein und zu Erben eingesetzt werden können, mit andern Worten: dafs die Gesetzgebung wie praktische Rechtsübung die Rechtssubjectivität der Kirchengemeinden überhaupt anerkennt und voraussetzt.

Am bestimmtesten tritt die Auffassung von der Rechtsfähigkeit der kath. Kirchengemeinden auf in den Gebieten des französischen Rechts, wo eine falsche Doctrin den Civilgemeinden das Eigenthum an den Kirchen zuspielen will. In den zahlreichen hierüber entstandenen Processen stritten stets gegeneinander die Kirchen- und die Civilgemeinde, und dieser sprachliche Gegensatz bedingte dann auch eine materiellrechtliche Auffassung in den andern zu denselben Staaten gehörenden, ja selbst den angrenzenden Gebieten des gemeinen Rechts, und zwar nicht nur in Form einer einfachen Negation des Communaleigenthums, wobei blofs kirchen-

gemeindliches und kirchenanstaltliches Eigenthum nicht recht geschieden gewesen wäre, sondern in allmählicher begrifflicher Verselbständigung des Corporationsbegriffs. Der günstigste Boden zur Bildung eines kirchengemeindlichen Eigenthums war in den protestantischen Territorien des gemeinen Rechts.

Am bestimmtesten von den gemeinrechtlichen Gebieten Deutschlands ist die Eigenthumssubjectivität durch die Rechtsübung in Nassau anerkannt. In dieser Richtung sind besonders interessant die S. 133 angeführten Erkenntnisse des Amtsgerichtes zu Eltville und des Hof- und Appellationsgerichtes zu Wiesbaden v. J. 1867, worin sogar die Rechtsfähigkeit der kirchlichen Anstalten zu Gunsten der Kirchengemeinden negirt wird. Wenn das Oberappellationsgericht diesen Irrthum auch wieder beseitigt hat, so hat es doch an der Auffassung von der Rechtssubjectivität der Kirchengemeinde nicht gerüttelt, und die S. 134 citirte Rede des Abgeordneten Petri zeigt, wie der Persönlichkeitscharakter der Kirchengemeinden den Nassauischen Juristen als unbestreitbares Dogma erscheint. Auch in Schleswig-Holstein sind die „kirchlichen Communen“ nach Falck (Schleswig-Holsteinisches Privatrecht IV. 9) Personen, und zwar sind hier dieselben im Widerstreit mit dem Patent v. 21. October 1791 [1] mehr durch Connivirung als durch ausdrückliche Confirmation anerkannt, wie dies insbesondere bezüglich der katholischen Gemeinde in Kiel der Fall ist. [2]

Was Hessen betrifft, so entschloſs sich der Groſsherzog am 15. April 1812, die vormalige Abteikirche zu Seligenstadt „mit der „dermalen darin befindlichen Einrichtung an Altären, Glocken, „Kanzel, Orgel, Bet- und Beichtstühlen, jedoch mit Ausnahme der „übrigen Kirchengeräthe, gedachter katholischen Gemeinde zum „Behuf des Pfarrgottesdienstes zu schenken und als Eigenthum zu „überlassen.“ [3]

Auch für Bayern steht die Eigenthumssubjectivität der Kirchengemeinden fest, wenn auch die Auffassung Roths, welcher dieselbe

[1] Hier ist bestimmt, daſs „keine Corporationen ohne Landesherrliche Genehmigung vorhanden seyn können.“

[2] Schleswig-Holsteinische Blätter I. 141. Falck a. a. O. IV. 11[9].

[3] Steiner, Geschichte und Beschreibung der Stadt und ehemaligen Abtei Seligenstadt a. M. 1820, S. 398 f.

in irrthümlicher Identificirung von Pfarrei- und Pfarrpfründe[1] und dann wieder von Parochie und Kirchengemeinde[2] vertheidigt, zurückgewiesen werden mufs. In Bayern hat überhaupt die früher übliche corporative Drapirung der Institute noch nicht gänzlich verdrängt werden können. So sind nach dem L. R. I. 7, 36, N. 8 „Kirchen, Spitäler, Almosenämter und andere approbirte ganze Corpora oder Communitäten“ Personen.[3] Die technische Bezeichnung des bayr. Landrechts und der Gemeindeordnung für unkörperliche Personen ist »Gemeinde«, und Kreittmayr hat daher die Lehre von den „juristischen Personen“ unter dem Titel »Gemeinderecht« abgehandelt.[4] Das bayrische Landrecht steht hierin auf demselben Standpunkt wie das Preufsische A. L. R., welches die unkörperlichen Personen auch nur als „Gesellschaften« oder »Gemeinen« oder »Corporationen« begreift, und diese Uebereinstimmung ist nicht eine blofs technische, sondern darf insofern auch eine materielle genannt werden, als die kirchengemeindliche Rechtssubjectivität des A. L. R., das ja in Ober-, Mittel- und Unterfranken gilt, über ganz Bayern ihr Anwendungsgebiet gefunden hat. Dieser Zug nach corporativer Gestaltung, der sich unter Anderm auch in der Persönlichkeitsbildung der Bayrischen Districts- und Kreisgemeinden,[5] der Judengemeinden,[6] sowie in dem Verwaltungsschub zu Gunsten der örtlichen Kirchenverwaltung offenbarte, führte mit natürlicher Nothwendigkeit zur

---

[1] Bayr. Civilr. I. 230. — [2] a. a. O. 229.

[3] So zählt auch die Verordnung v. 1701 auf: „Manns- oder Weiberklöster, Gotteshäuser, Spitäler, Armen- und Waisenhäuser und andere dergleichen Communitäten.“ Desgleichen rechnet Kreittmayr in den Anm. z. L. R. V. 30, 2 zu den geistlichen Communitäten: „Kirchen, Klöster, Dom- und Collegiatstifter, Priesterhäuser, Alumnat . . . wie nicht weniger alle *auctoritate episcopali* errichtete *pia corpora* und *fundationes.*“

[4] Anm. V. c. 30. Vgl. auch Roth, Bayr. Civilr. I. 203 N. 7.

[5] Districtsrathsgesetz v. 28. Mai 1852, Art. 1 u. 11; Landrathsgesetz v. gleichen D., Art. 1. Vgl. darüber Seuffert, Pand. § 51, 1 und Roth, Bayr. Civilrecht I. 241. Nach einem Ministerialrescript v. 6. Decbr. 1865 (Blätter für administrative Praxis XVIII. 203) sollen die Districtsgemeinden allerdings nicht Corporationen im civilrechtlichen Sinne sein, weil sie selbst nur aus juristischen Personen beständen. Wir halten aber diese Argumentation mit Roth (Bayr. Civilr. I. 241 N. 8) für verfehlt.

[6] Vgl. das Erkenntnifs v. 21. Decbr. 1852 (Blätter für Rechtsanwendung XVIII. 362) und die bei Roth (I. 261[3]) angegebenen Belege.

vermögensrechtlichen Verselbständigung der katholischen Kirchengemeinde, die, wie auch Seuffert und Luthart[1] ausführen, ein von der Kirchenstiftung verschiedenes Wesen ist, für welche diese auch eine geschiedene Verwaltung fordern.[2] Von Interesse sind sodann die Erkenntnisse v. 20. 9. 56; 11. 10. 56; 14. 11. 56, wonach in Vermögensstreitigkeiten die Kirchenverwaltungen als Vertreter der Kirchengemeinden zu betrachten sind.[3] Damit widerlegt sich die entgegenstehende Behauptung Silbernagls.[4] Die örtliche Kirchenverwaltung vertritt heute sowohl die Kirchengemeinde als die Kirchenfabrik.[5] Zum Schlusse sei nur noch bemerkt, dafs der § 88 des 2. Edicts „den Mitgliedern der öffentlich aufgenommenen Kirchengesellschaften die Bildung einer eigenen Gemeinde aller Orten freistellt, wenn sie das erforderliche Vermögen . . . besitzen." Der § 64e spricht von „Privilegien, Dispensationen, Immunitäten, Exemtionen zum Besten ganzer Kirchengesellschaften" und „einzelner Gemeinden." Im Jahre 1871 stellten die bayrischen Kammern an den Landtag die Bitte, einen Gesetzentwurf über die „Verwaltung des Vermögens der Kirchengemeinden" vorzulegen, und diesem Antrag stimmte auch der Erzbischof v. München-Freising zu.[6] Im October 1850 hatten allerdings die bayrischen Bischöfe in einer zu Freising berathenen Denk-

---

[1] Vgl. II. S. 137 unserer Darstellung.

[2] Vgl. darüber Roth I. 230 N. 12.

[3] Blätter für Rechtsanwendung XXII. 18 ff., 22 u. 26. Auch der M. E. vom 13. Juli 1835 (Döllinger, XI. 1198) bezeichnet die Kirchenverwaltungen ausdrücklich als Repräsentanten der Kirchengemeinden. Roth, Bayr. Civilrecht I. 230.

[4] Lehrb. S. 567.

[5] Ein oberstrichterliches Erkenntnifs v. 26. Novbr. 1873 (Cultusministerialblatt 1874, S. 224) führt in dieser Hinsicht Folgendes aus: Die durch das revid. G. E. v. J. 1834 geschaffenen Kirchenverwaltungen waren nur zur Verwaltung des Kirchenvermögens, nicht aber zur Vertretung der Kirchengemeinden befugt, wie dies bei den Gemeindeverwaltungen der Fall war. Um nun die Vertretung der Kirchengemeinde zu ordnen — ihre Rechtspersönlichkeit war somit vorausgesetzt — wurde Art. 206 Abs. 3 der neuen Gemeindeordnung v. 29. April 1869 geschaffen. Vergl. auch oberstrichterl. Erk. v. 18. Decbr. 1873 (Cultusministerialbl. 1875, S. 99), wonach die Kirchengemeinde als Inhaberin der Corporationsrechte allein durch die Kirchenverwaltung vertreten werden kann.

[6] Dürschmidt, die klösterl. Genossenschaften, 136.

schrift,[1] wie dies bereits im J. 1848 zu Würzburg der Gesammtepiscopat Deutschlands gethan hatte, und wie es noch einmal im Juni 1853 von den Bischöfen der oberrheinischen Kirchenprovinz geschah, den Grundsatz ausgesprochen, dafs das Subject des Kirchenguts die Kirche in ihrer Gesammtheit, als ein Heilsinstitut und eine moralische Person sei, dafs „die einzelne Kirchengemeinde nicht Eigenthümerin des Kirchenguts sei, und dafs jede Verfügung darüber nur der Kirche als alleiniger Eigenthümerin zustehen könne.“ Das Ansinnen des Episcopats, „das Eigenthum der katholischen Kirche, als eines einzigen Subjects am ganzen Kirchenvermögen“ anzuerkennen und die Eigenthumssubjectivität der Kirchengemeinde zu negiren, schlug jedoch die bayrische Regierung durch Entschliefsung v. 8. April 1852 ab, indem sie es mit der Erklärung genügen liefs: „Das Eigenthumsrecht der katholischen Kirche an dem Gesammtcultusvermögen ist und war niemals in Zweifel gezogen.“ Und es änderte daran nichts, dafs der Episcopat am 28. April 1852 diesen Bescheid als „im Allgemeinen ungenügend“ fand und es am 15. Mai 1853 versuchte, seine gesammtkirchentheoretische Schulmeinung mit der „von Gott gegebenen Verfassung“ zu rechtfertigen.

Für die gemeinrechtlichen protestantischen Staaten Norddeutschlands ist die Privatrechtssubjectivität der katholischen Kirchengemeinden erst recht nicht zu bezweifeln. So mufs selbst Böhlau, welcher die Rechtsfähigkeit der Ortskirchen mit so vielem Geschick für Mecklenburg erwiesen hat,[2] doch anerkennen: „Uebrigens fehlt es an Ansätzen zu der Auffassung, als sei die kirchliche Localgemeinde Subject des Kirchenvermögens, in älteren Landesrechten allerdings nicht.“[3] Von besonderem Interesse ist das Oldenburgische Revid. Staatsgrundgesetz v. 22. Novbr. 1852, art. 80, welches den in den anderen deutschen Verfassungsurkunden zugesagten besonderen Schutz des „Kirchenguts“ oder des „Vermögens der Kirchen“, der „Religionsgesellschaften“, der „Religionsparteien“, der „Stiftungen der Katholiken“ u. s. w. folgendermafsen ausspricht: „Die Kirchengemeinden und Religionsgenossenschaften

---

[1] Ginzel, Archiv f. Kirchengesch. u. Kirchenrecht II. 173.

[2] Vgl. S. 139 dieser Darstellung; ebenso Mejer, Lehrb. 419.

[3] Mecklenb. Landr. III. 68.

werden in dem Besitz ihres Kirchenvermögens sowie bei der stiftungsmäfsigen Verwendung desselben geschützt."

Unser Resultat ist somit dies: die Kirchengemeinden sind im Gebiet des gemeinen Rechts eigenthumsfähig; ein kirchengemeindliches Eigenthum ist jedoch selten nachzuweisen, und es besteht sogar gegen dasselbe die Praesumtion. Die Rechtssubjectivität der Kirchengemeinde ist übrigens in den verschiedenen Territorien nicht gleichmäfsig ausgebildet und der Entwicklungsprocefs noch nicht überall ganz zum Abschlufs gelangt.

C. Die Eigenthumssubjectivität der **Beneficien.**

§ 38.

Entwicklungsgeschichtliches.

Die Pfründe *(praebenda, beneficium)* als Vermögenscomplex [1] ist der Inbegriff der mit einem Kirchenamt *(officium)* dauernd verbundenen Zinsbezüge oder liegenschaftlichen Einkünfte. [2] Die Pfründe

---

[1] Es ist hier dieselbe Doppelbedeutung wie bei Stiftung.

[2] Richter-Dove (Lehrb. 7. Aufl. 1128) definirt die Pfründe als die „mit einem Kirchenamte verbundenen Einkünfte." Darnach hätte dann aber auch schon der Kaplan, welcher vom Pfarrer unterhalten wird, ein *beneficium*. Ferner ist insbesondere auch gegen Vering (K. R. 2. Aufl. 459) u. A. zu bemerken, dafs die aus „Staatskassen" zu beziehenden Einkünfte ebenfalls kein Pfründeeinkommen sind. Das wesentliche Criterium der Pfründe, die Dauerhaftigkeit, verlangt die Ausscheidung eines Liegenschaftscomplexes oder eines Stammkapitals, also Dotation. Staatsbezüge aber, welche jede beliebige Kammermajorität — ob mit Recht oder Unrecht, ist hier nicht die Frage — streichen oder einstellen kann, lassen das wesentlichste Merkmal des Beneficiums vermissen, denn dies beruht, wie auch die Declaration v. 1818 anerkennt, *„in redditibus stabilibus sufficienter tutis."* Eine bei Spohn, S. 174, citirte badische V. O. hält daher auseinander „eine eigene dazu gewidmete Pfründe oder sonst ein vom Staat gesichertes Dienstgehalt." Beim Dienstgehalt giebt es blofs eine obligatorische Berechtigung in der Person des jeweiligen Pfarrers, nicht aber auch eine dingliche in derjenigen des Pfarramts, so dafs bei der Sedisvacanz ein Gehalt nicht ausbezahlt wird. Beim Pfründevermögen aber ruht die Eigenthumsträgerschaft bei dem Pfarramt, das auch unabhängig von der Person des nutzungsberechtigten Pfarrers existirt, und dem die Intercalargelder accresciren.

des Bischofs heifst auch *mensa, curia,* Tafel, Tisch; die niederen Beneficien sind diejenigen der Pfarreien, Vicariate, Praedicaturen, Curatien, Expondituren und Caplaneien.

Vor der Specialisirung des Kirchenguts gab es noch keine Beneficien.[1] Die Diöcesangeistlichen waren *ad nutum episcopi amobiles,* Kostgänger des Bischofs, und es war nur ein Ausflufs des freien und ausschliefslichen Verwaltungsrechts der Bischöfe, dafs sie das noch ungetheilte Bisthumsvermögen in willkürlicher Höhe zum Unterhalt des Clerus verwandten. Das vom Apostel Paulus vertheidigte Recht der Kirchendiener, vom Altar zu leben,[2] wurde niemals bestritten, anderntheils steht es aber doch auch fest, dafs die Geistlichen, um den Gemeinden nicht zur Last zu fallen, vielfach lieber durch Handarbeit sich das Nöthige erwarben.[3] Das 4. Concil von Karthago v. J. 398 c. 51 erklärt dies geradezu als Pflicht: *„clericus quantumlibet verbo Dei eruditus artificio victum quaerat,"* und c. 53: *omnes clerici et artificiola et litteras discant."*[4]

Zum Unterhalt des Clerus dienten im Besonderen die Oblationen,[5] welche die Gläubigen bei der Feier der heiligen Messe auf den Altar legten. Diese Zweckbestimmung hat sich längere Zeit erhalten. Das 1. Concil von Orléans v. J. 511 bestimmte im c. 14 (c. 8 C. 10 q. 1): *„antiquos canones relegentes priora statuta credidimus renovanda, ut de his, quae in altario oblatione fidelium*

---

[1] Das bei Augustin *serm. I. in vigil. pentecost.* (Fitting, das *castrense pecul.* 515 f. N. 20) und in l. 14 § 5 C. 1, 2 (Roth, Feudalität, 148) gebrauchte *„beneficium"* hat noch keine technische Bedeutung.

[2] 1. Corinth. IX. 7 sqq. Die Cleriker galten als Arme und hatten Antheil am *patrimonium pauperum* (Ratzinger, Geschichte der kirchl. Armenpflege, 69 f.).

[3] *Tertull. apolog.* c. 37; Basilius, ep. 319; Sozom., lib. VII. c. 27; Socrat. I. 8; Gregor v. Naz., ep. 9 u. 13 und *constit. apostol.* II. 23. Vgl. auch Thomassin, *Nova et vetus eccl. disc.* p. III. lib. III. c. 8. Ratzinger, S. 32, 46, 69 f., 131. Damit widerlegt sich die Ansicht von Mamachi, *origines et antiquitates eccl.* III. 312 sqq., wonach alle Cleriker der ersten drei Jahrhunderte ausschliefslich auf Gemeindekosten lebten. Ratzinger sagt sehr schön (S. 70): „Es mufs ein eigenthümlicher Anblick gewesen sein, in jener Zeit des Müfsiggangs, wo nur Sclaven Handarbeit verrichteten, solche Männer den Karren ziehen zu sehen."

[4] Spätere gallische Concilien erneuerten diese Bestimmungen. Thomassin, l. c. c. 9 u. 10. Vgl. auch Rückert, Culturgesch. des deutsch. Volkes II. 336 ff.

[5] Vgl. Ratzinger, 37 f.

conferuntur, medietatem sibi episcopus vindicet et medietatem dispensandam sibi secundum gradus clerus accipiat."[1]

Die Specialisirung des Kirchenguts hatte insofern einen Fortschritt[2] gebracht, als nunmehr eine ganz bestimmte Portion *(quarta, tertia)* des Diöcesanguts dem Unterhalt der Geistlichen dienen mufste. Nur nach dieser Richtung war das bischöfliche Verwaltungsrecht umgrenzt, von irgend einer Selbständigkeit der unteren kirchlichen Aemter und Amtseinkünfte kann vor der Specialisirung *quoad dominium* noch keine Rede sein, und die *quarta (tertia) cleri* wurde allein durch den Bischof repräsentirt und verwaltet. Wie er insbesondere diese Portion unter die einzelnen Genufsberechtigten vertheilte, blieb ganz seinem Gutdünken überlassen, und die den *clerici matricularii sive canonici*[3] verabfolgten täglichen Bezüge *(portiones)*[4] waren nicht blofs nach dem Bedürfnifs verschieden, sondern die Bischöfe erkannten hierin schon frühzeitig ein willkommenes Mittel, das Verdienst zu belohnen.[5]

Die Specialisirung des Kirchenguts erscheint übrigens in einer doppelten Form, je nachdem die Localkirchen bereits ein wirkliches

[1] Vgl. auch *Conc. Tolet.* IV. c. 33 und *Conc. Tolet.* XVI. c. 5. Ein Capitulare Ludwigs des Frommen v. J. 817 allerdings verordnete bereits, dafs die Oblationen zu $^2/_3$ den Armen und nur zu $^1/_3$ dem Clerus gehörten, und nur an ärmeren Kirchen sollte es dem Clerus erlaubt sein, die Hälfte zu nehmen: c. 4 (Pertz, leg. I. 206): „*statutum est quidquid tempore imperii nostri a fidelibus ecclesiae sponte collatum fuerit, in ditioribus locis duas in usum pauperum, tertiam in stipendia cedere clericorum aut monachorum, in minoribus vero locis aeque inter clerum et pauperes fore dividendum, nisi a datoribus aliter constitutum fuerit.*" Je weiter die feste Dotirung der Kirchenämter fortschritt, desto weniger war eine ausschliefsliche Inanspruchnahme der Oblationen für die Geistlichen nöthig, und Carl der Grofse unterwarf diese deshalb wie das übrige Kirchengut der Viertheilung.

[2] Wir sprechen hier nur von dem entwicklungsgeschichtlichen Fortschritt. Ob derselbe auch ein moralischer gewesen ist, wie Launoi meint, (*de cura eccl. pro miseris et paup.* Gesammtausg. tom. II. p. II. p. 652), oder ob dies zu verneinen ist, wie Ratzinger (S. 75) behauptet, kann hier unerörtert bleiben.

[3] Die armen Geistlichen waren wie die bedürftigen Laien in eine Matricula (κανών) eingetragen.

[4] IV. *Conc. Carthag.* c. 18. *Conc. Agath.* c. 36. *Ambros. de off. min. I. 36. Aug. serm. XIX. de verb. Dom. Greg. M. ep. I. 42.*

[5] *Gregor M. ep. VII. 8:* „*quatenus hi qui merentur etiam temporali se sentiant commodo consolatos.*"

Sondervermögen besafsen, oder von der bischöflichen Kathedrale aus unterhalten wurden. Im letzteren Fall participirten die örtliche Kirchenfabrik, die Ortscleriker und Ortsarmen an der entsprechenden Diöcesanquarte, im ersteren Fall dagegen, der immer mehr die Regel ward, fanden die Specialisationsgrundsätze auf das Localvermögen analoge Anwendung. Die nach Bedürfnifs täglich oder monatlich stattfindende [1] Drei- und Viertheilung wurde jedoch nie nach dem Princip der arithmetischen Gleichheit, sondern von dem Obern in Würdigung der örtlichen Verhältnisse durchaus frei gehandhabt. Dabei bildete sich nach spanischem Muster allmählich die Sitte heraus, dafs der Bischof von Localkirchen nichts mehr beanspruchte und als Zeichen der Unterwürfigkeit bei den jährlichen Visitationen höchstens 2 *solidi* empfing. [2] Das erste Concil von Braganz vom Jahre 561 hatte auch schon den Armentheil beseitigt, [3] und wenn es auch den Bestrebungen Leanders noch in demselben Jahrhundert gelang, diese Bestimmungen durch den gemeinkirchlichen Grundsatz wieder zu verdrängen, so zeigten sich später die Pseudo-Isidorischen Fälschungen, [4] welche auch im *Decretum Gratiani* Eingang fanden, [5] um so wirksamer und dauernder, und seitdem ist von der Theorie, dafs das Kirchengut ganz oder zu einem bestimmten Theil Armengut sei, nur vereinzelt noch ernstlich die Rede. Die Synode zu Tribur v. J. 895, welche zuerst unter den deutschen Synoden die Pseudo-Isidorischen Falsificate in weitgehendem Mafse benutzte, [6] ist nach Ratzinger [7] das letzte deutsche Concil, welches die Viertheilung anordnete. So haben wir schon frühzeitig an den Localkirchen nur ein für die örtliche Kirchenfabrik und die Ortscleriker bestimmtes Vermögen.

Allerdings erscheinen die einzelkirchlichen Vermögenscomplexe im Anfang wenigstens der Regel nach nur als Stationen. Eine

---

[1] Cyprian, ep. 34.

[2] *Conc. Bracar.* II. 572 c. 2 (c. 1 C. 10 q. 3).

[3] c. 7: *„placuit ut de rebus ecclesiasticis tres aequae fiant portiones: id est episcopi una, alia clericorum, tertia in recuperatione vel in luminariis ecclesiae.“* Vgl. auch c. 1—3 C. 10 q. 3.

[4] Ratzinger, 191, 230 ff., 300. — [5] Ratzinger, 247.

[6] Hefele, Conciliengesch. IV. 533 ff.

[7] S. 197 N. 3.

wesentliche Umgestaltung bereitete sich erst mit der Einführung der Parochialverfassung vor. Nunmehr entstehen kirchliche Aemter, die trotz ihrer Abhängigkeit von der bischöflichen Gewalt, als Localerscheinung der Kirchengewalt eine gewisse Selbständigkeit erhielten und nach und nach, etwa gegen das 9. Jahrhundert, auch eine privatrechtliche Sonderexistenz gewannen. Um die Existenz des Localkircheninstituts dauernd zu sichern und zugleich die Rechnung zu erleichtern, verlieh nämlich der Bischof dem Pfarrer Liegenschaften auf Lebenszeit als Precarie,[1] worüber dieser dann einen Schein ausstellen mufste. Diese auch in der spanischen Kirche eingebürgerte Sitte[2] erhielt dadurch eine Weiterbildung, dafs der König Wamba den Bischöfen verbot, Verleihungen ihrer Vorgänger zurückzunehmen.[3] In Italien und Gallien kam das kirchliche Precarienwesen noch früher vor,[4] und das 3. Conc. v. Orléans v. J. 538 c. 17 traf bereits die Bestimmung, welche Wamba später für Spanien nur wiederholte. Die Precarien waren bereits so zur Regel geworden, dafs die fränkischen Bischöfe kirchliche Grundstücke selbst an die *pauperes* zur Bewirthschaftung überliefsen.[5] Die feste Dotirung der Kirchenämter wurde immer mehr zur Regel,[6] und das besonders auf kirchlichem Gebiet entwickelte Precarien-

---

[1] Das Conc. v. Agde v. J. 506, c. 59 (c. 11 C. 16 q. 3) erwähnt bereits die Precarie als kirchliches Institut. Vgl. auch Conc. Tolet. v. J. 638 c. 5 (c. 72 C. 12 q. 2).

[2] *Conc. Tolet.* VI. 638 c. 5.

[3] Thomassin, p. III. l. II. c. 17 Nr. 7.

[4] *Conc. Vasense* a. 529 c. 1 u. 2. *Conc. Epaon.* c. 7.

[5] Vgl. *Conc. Aurel.* IV. (a. 534) c. 34. *Conc. Lugdun.* II. (a. 567) c. 5. *Conc. Rem.* I. c. 1.

[6] Bereits c. 9 Dist. I. *de consecr.*, welcher im Decret als ein *canon* des Concils von Orléans angeführt wird, in Wahrheit aber vorkommt in *Epit. Nov. Jul. const.* 61 c. 1, macht den Bau einer Kirche abhängig von der vorangehenden Gewährung der *„stipendia custodum;“ „et ostensa donatione sic domum aedificet.“* Vgl. auch c. 3 X. III. 48 (Alexander III.). Es ist kirchlicher Grundsatz, dafs, wie in der Regel kein Amt ohne Pfründe errichtet, auch kein Amt ohne Pfründe verliehen wird. Der Bischof darf ferner nur auf einen bestimmten Titel hin die Weihe ertheilen, und das Conc. v. Trient *(sess. XXI. c. 2 de reform.)* hat noch einmal in Erinnerung gebracht, dafs dieser Titel für die Regel das Beneficium sei.

wesen[1] fand im weltlichen Recht durch die Beneficialbildung[2] eine consequente Weiterbildung, die dann auch wiederum kirchlicherseits vom 9. Jahrhundert an Berücksichtigung und Verwerthung fand. Von jetzt an gefällt man sich in der Vergleichung der Cleriker als der *milites Christi* mit den *milites saeculi.*[3]. Der geistliche Beneficial- oder Praebendenbesitz erschien nunmehr festumgrenzt und dauernd, seine Verwaltung und Repräsentanz lag in der Hand des Beneficiaten, und Doctrin wie Gesetzgebung nahmen keinen Anstand mehr, diesem verselbständigten Gütercomplex auch eine besondere Rechtsträgerschaft beizulegen, die nur als der zur Sonderexistenz abgezweigte kirchliche Theil- und Stiftungswillen begriffen werden kann. Die Entwicklung ist nicht mehr des Näheren zu erweisen, aber Innocenz IV. hat hierfür bereits eine fertige Formulirung, indem er dem Canoniker das Recht zuspricht, im Namen der Praebende zu klagen. *„Sed dices: quomodo aget nomine praebendae, „cum praebenda nihil habeat vel possideat? Respondeo: imo haec „praebenda potest habere iura sua et possidere, sicut episcopatus, „abbatia hospitale vel quaecunque alia domus vel dignitas vel ad„ministratio.“*[4] Diese Ausführung wurde von den Späteren,[5] wie Panormitanus sagt, *„sicco pede“* wiederholt, und auch von diesem wird der Persönlichkeitscharakter der Pfründe befürwortet, *„si ex bonis ecclesiae sunt constitutae praebendae perpetuae in beneficium firmum.“*[6] Die kirchliche Hierarchie hatte, worauf neuestens wieder Gierke[7] aufmerksam macht, nachdem es Maas zu Gunsten der Gesammtkirchentheorie gewaltsam zugespitzt hatte, viel Aehnlichkeit mit einem vollendeten Lehnreich, wo alle Gewalt von Oben kommt, jede Herrschaft eine dingliche Grundlage hat, jede Kirche ein Herrenhof ist, und jedem Amt ein Dienstgut gebührt.

---

[1] Vgl. insbesondere Loening, II. 710 ff. *Du Cange glossar. v. precaria.*

[2] Die von Waitz behauptete Identität der *precariae* und *beneficia* ist von Roth (Feudalität, 142, 177 ff.) widerlegt. Für die merowingische Zeit ist sie allerdings vorhanden (Roth, 149, Loening, II. 711).

[3] Fitting, das *castrense peculium,* S. 315 ff.

[4] Comm. ad c. 3 X. 2, 19 nr. 1, 2. Vgl. auch ad c. 21 X. 1, 3 nr. 7.

[5] Vgl. Gierke, III. 273 N. 82.

[6] Comm. ad c. 3 X. 2, 19 Nr. 4–6.

[7] I. 285.

In der Kirche aber haben sich insbesondere vom 10—12. Jahrhundert diese lehnrechtsähnlichen Verhältnisse zu freien Eigenthumsgestaltungen entwickelt, und es erfolgte allüberall, wo es noch nicht geschehen war, eine förmliche Eigenthumsauftheilung zwischen Bischof, Stift resp. Capitel sowie nichtincorporirten Clerikern, und es stehen nunmehr ausnahmslos die *praebendae* als gleichselbständige Rechtssubjecte neben den *curiae.*[1] Die Entwicklung der Sonderpersönlichkeit der Beneficien ging im Allgemeinen Hand in Hand mit derjenigen der später zu betrachtenden Capitel.

Jetzt ist für das Kirchenrecht die technische Bedeutung von *praebenda, beneficium* geklärt und insbesondere die Scheidung gegenüber der *ecclesia (fabrica)* vollzogen,[2] und es kann kaum mehr eine Verwirrung herbeiführen, wenn die deutsche Terminologie sich wiederum in einer gewissen Doppelzüngigkeit gefällt. Ist die Pfarrei identisch mit Pfarrkirche *(fabrica)* oder mit Pfarrbeneficium? Wer aus der modernen Gesetzgebung und Doctrin darauf eine befriedigende Antwort erwartet, täuscht sich.[3] Wir haben uns oben bereits dahin ausgesprochen, dafs die Pfarrei das in der Pfarrkirche existent werdende Pfarrinstitut, nicht aber die zu diesem Zwecke geschaffene Kirchendienerstelle ist, wie auch die Bisthumspersönlichkeit in der bischöflichen Kirche, nicht aber in der bischöflichen *mensa* Erscheinung gewinnt. Die Gesetzgebung, Rechtsprechung und Doctrin begreifen jedoch mit Vorliebe unter Pfarrei das Pfarrbeneficium, und ist dieser Sprachgebrauch daher im Folgenden zu berücksichtigen.

---

[1] Thomassin, *vetus et nova eccl. disc.* III. 2 c. 20, 23. Planck, Geschichte der christl.-kirchlichen Gesellschaftsverfassung III. 749—767, IV. 2, S. 565 ff. Gierke, I. 289, III. 262.

[2] Vereinzelt kam zwar immer wieder die Lehre vom Eigenthum der Kirche an der Pfründe auf. So entwickelte insbesondere im 15. Jahrhundert Panormitanus noch einmal mit Eifer den Satz: Die *proprietas* an der Praebende hat die Kirche, der auch die Ueberschüsse gebühren, und an die der Heimfall erfolgt (Comm. in c. 3 X. 2, 19 nr. 1). Einige Jahre später auch Fulinus Sandaeus, Lect. in c. 3 X. 2, 19 nr. 2. Dadurch wurde aber die Entwicklung nicht rückgängig gemacht, und die Persönlichkeitsnatur der Beneficien blieb bestehen.

[3] Vgl. II. 155 f.

§ 39.

Das geltende Recht.

Die bayrische Pragmatik v. 13. Octbr. 1764 N. 9 führt neben den Hospitälern, Stiftungen, Pfarrkirchen u. s. w. auch die „gestiftete Beneficia für Weltpriester“ auf. Das Concordat v. 1817 garantirt im art. 8 die *„bona seminariorum, parochiarum, beneficiorum, fabricarum omniumque aliarum Ecclesiasticarum fundationum“*: es wird also die Rechtspersönlichkeit der Pfarr- und anderen Beneficien[1] neben derjenigen der Kirchenfabrik anerkannt. Für die bischöfliche *mensa*[2] trifft das Concordat besondere Bestimmungen im art. 4: *Redditus mensarum Archiepiscopalium et episcopalium in bonis fundisque stabilibus liberae Archiepiscoporum et Episcoporum administrationi tradendis constituentur,“* und im Folgenden wird die *„quantitas reddituum annuorum“* näher bestimmt. Die Rechtspersönlichkeit des bischöflichen Tisches ergiebt sich schon aus dem Eid, den die Bischöfe bei der Consecration dem Papste schwören:[3] *„possessiones vero ad mensam meam pertinentes non vendam, nec donabo, nec impignorabo.“*

Nach der Regierungsentschliefsung v. 26. Nov. 1866[4] sollen alle zu den Pfarreien gehörigen Immobilien auf die betreffende »Pfarrstiftung« eingeschrieben und »Pfarrstiftungseigenthum“ werden, und Silbernagl[5] wie Roth[6] haben sich daher bereits für die Rechtssubjectivität der bayrischen Beneficien (wie Roth-Meibom[7] für diejenige der kurhessischen) auf das bestimmteste ausgesprochen.

---

[1] art. 11: *„beneficia tam parochialia quam curata ac simplicia.“*

[2] Diese Terminologie kennt bereits c. 15 des Concils v. Carthago v. J. 398: *„ut episcopus vilem supellectilem et mensam et victum pauperum habeat.“* In einer bei Ficker 141 [89] angegebenen Stelle finden sich die Worte: *„De bonis (episcoporum vel abbatum) ad coquinam vel ad aliud officium pertinentibus.“*

[3] Abgedruckt in Schultes System 290, Anm. 2. Vgl. auch dessen Jur. Persönlichkeit. 48 und 51.

[4] Abgedruckt im Archiv 18, S. 148 und im Pastoralblatt für die Erzdiöcese München-Freisingen, 1867, N. 19.

[5] Verfassung und Verwaltung (2. Aufl.) 418.

[6] Bayr. Civilr. I. 230. Vgl. auch Kränzler im Archiv 44, S. 433 ff.

[7] Kurhess. Privatr. I. 254 N. 3.

Schon die „Grundzüge zu einer Vereinbarung über die Verhältnisse der katholischen Kirche in teutschen Bundesstaaten“ v. 30. April 1818 hatten im § 60 den Grundsatz ausgesprochen:

„Die Besoldung der Erzbischöfe und Bischöfe, der Domherren „und Domcapläne, sowie der Aufwand für die Seminarien wird „besonders fundirt, und die Fonds werden auf liegende Gründe, „wo es nur immer geschehen kann, angewiesen.“

Der § 72 spricht dann von der „Verbesserung zu gering dotirter Pfarreien und Caplaneien etc., welche die festgesetzte *Congrua* noch nicht haben.“ und der § 75 trifft Bestimmungen über die *Congrua* „selbständiger Caplaneypfründen,“ „der Dorfpfarreyen,“ „der städtischen Pfarreien“ u. s. w. Schliefslich heifst es im § 76: „Die Güter der katholischen Kirchenpfründen, sowie alle allgemeinen und besondern Kirchenfonds sollen in ihrer Vollständigkeit erhalten und auf keine Weise zu fremdartigen Zwecken verwendet werden.“

Diese Grundzüge haben in den kirchlichen Circumscriptionsbullen und in Staatsgesetzen ihre Verwirklichung gefunden, insbesondere sind überall die Eigenthums- und Forderungsrechte der bischöflichen *mensa* und Dompräbenden gesetzlich geregelt. Dafs auch die anderen Beneficien Rechtssubjectivität besitzen, hat beispielsweise das Kurhessische O. A. G. Erk. v. 25. Febr. 1837 anerkannt, indem es in Sachen der Gemeinde Fechenheim gegen die Pfarrei Fechenheim entschied, „dafs unter der klagend aufgetretenen Pfarrei, da „es sich um ein dieser angeblich zustehendes Diensteinkommen „handelt, nicht die Pfarrgemeinde, sondern nur das Pfarramt zu „verstehen ist, dieses auch als moralische Person zur selbständigen „Procefsführung für berechtigt gehalten werden mufs.“ [1]

In Württemberg bildet das Pfründevermögen eine der 4 Arten selbständigen Kirchenvermögens, [2] und hier wie in den übrigen gemeinrechtlichen Territorien [3] hat die Pfründe in der Person des

---

[1] Mitgetheilt von Roth-Meibom, Kurh. Privatr. 254, Anm. 3.

[2] Vgl. S. 136 (II.) Für den Persönlichkeitscharakter dieser vier Kategorien insbesondere Schulte, Jurist. Persönlichkeit, 115.

[3] Für Hessen vgl. die V. O. v. 6. Juni 1832, art. 52. Für Bayern M. E. v. 15. Septbr. 1836 (Döllinger, V. O.-Sammlung XI. 1494), Instruction zum Gemeindeedict, N. 142, und Ordinariatsbeschlufs (München-Freisingen) vom

Beneficiaten eine von der Kirchenfabrik unabhängige besondere Verwaltung und Vertretung.[1]

Die Rechtspersönlichkeit der Pfründe ist neuestens, soweit wir sehen, nur für Mecklenburg von Böhlau geleugnet worden. Nach diesem ist „auch für das Beneficialgut die Kirche und nicht die Pfarre Subject resp. Substrat der Personenrolle,“ [2] und er meint, „lediglich der Zweckbestimmung und Verwaltung nach (wäre) das einheitliche Vermögen der einzelnen Kirche in Pfarrgut und Kirchenärarium geschieden.“ [3] Wir können dem nicht zustimmen, und wenn Böhlau sagt: „In Praxis und Gesetzgebung hervortretende Rechtssätze . . . verbieten ziemlich bestimmt, das Pfarrgut dem Kirchenärar wie eine Person der anderen gegenüberzustellen,“ [4] so ist uns davon nichts bekannt geworden. Der Irrthum Böhlaus ist dadurch veranlafst, dafs er durch das gemeine Recht selbst die Rechtssubjectivität der Beneficien bereits verneint glaubt.

D. Die Eigenthumssubjectivität der **Bisthümer.**

§ 40.

Die rechtliche Natur der Bisthümer.

Die Frage der Eigenthumssubjectivität der Bisthümer ist zuerst von Schulte zum Gegenstand eingehender Untersuchungen gemacht und in den beiden Schriften: „die Erwerbs- und Besitzfähigkeit der deutschen katholischen Bisthümer und Bischöfe überhaupt und des

---

28. März 1870. Vgl. Silbernagl, Verfassung u. Verwaltung (2. Aufl.) 424 ff.; Lehrbuch 600. Kränzler im Archiv, 44 S. 435. Vgl. auch Compet-Confl. E. v. 9. Juni 1857 (Moritz. V. 381) und E. des Obersten Gerichtshofes v. 19. Decbr. 1879, wo erklärt wird, dafs durch die Uebertragung der Kirchenvermögensverwaltung an besondere Kirchenvorstände die gemeinrechtlich den Pfründebesitzern zustehende Befugnifs der Vertretung des Pfründevermögens in nichts geändert, und der Pfarrer der Repräsentant der Pfarrstiftung sei.

[1] V. O. v. 30. Januar 1830 § 38 und Gesetz v. 30. Januar 1862 art. 19.

[2] Mecklenburg. Landr. III. 75 f. „Dieses Vermögen jeder einzelnen Kirche ist . . . soviel das Subject betrifft, ein einheitliches“ III. 76; „das Kirchenärarium besteht hiernach aus der Substanz des Pfarrgutes und aus der Kirchen eigenthümlichem Gute, d. h. der fabrica“ III. 78.

[3] III. 77. — [4] III. 76.

Bisthums und Bischofs von Limburg insbesondere 1860" sowie „die juristische Persönlichkeit der katholischen Kirche, ihrer Institute und Stiftungen sowie deren Erwerbsfähigkeit 1869" — bejahend entschieden worden.

Wir müssen uns vor Allem über den Begriff des Willensträgers einigen, dem hier der Charakter der Person beigelegt werden soll.

Nach Schulte sind „Bisthum, Bischofssitz, bischöfliche Kirche nur verschiedene Ausdrücke für dieselbe Sache."[1] Ebenso bedeuten nach ihm „Bisthum und Diöcese dasselbe, sofern man Bisthum im Sinne von Bisthumssprengel auffafst;"[2] auch der „Bischof als solcher"[3] ist ihm nichts anderes als der „Bischofsstuhl".[4] „Man kann deshalb gewissermafsen sagen: der Bischof ist das Bisthum, die Cathedra, die Diöcese."[5] Dernburg sieht dagegen das Bisthum als ein Mittelding zwischen Corporation und Stiftung an, und meint: „ein katholisches Bisthum z. B. oder ein Gymnasium lassen sich weder als Corporation noch als Stiftung entsprechend rubriciren."[6]

Wir müssen Schulte allerdings zugestehen, dafs in den Quellen die genannten *termini* vielfach unterschiedslos gebraucht werden. Aber so wird auch *ecclesia Romana* nicht selten im Sinne der *ecclesia catholica* gebraucht, und doch hat gerade Schulte zum ersten Mal scharfsinnig nachgewiesen, dafs diese Begriffe innerlich verschieden sind. Wir können sagen: die Identität ist hier wie oben eine repräsentative und eine Vertauschung der Begriffe auf dem publicistischen Rechtsgebiet kaum zu beanstanden; auf dem Civilrechtsgebiet aber, wo die wirkliche Eigenthumsqualität von der Ausübung der Eigenthumsrechte zu unterscheiden und das Eigenthumssubject bestimmt zu fassen ist, sind die Begriffe genau gegenein-

---

[1] Erwerbs- und Besitzfähigkeit, 36 f., 20. Jurist. Persönlichkeit, 46.

[2] Erwerbs- und Besitzfähigkeit, 37. Jurist. Persönlichkeit, 46.

[3] Erwerbs- und Besitzfähigkeit, 3. Jur. Persönlichkeit, 66: „Diese Stellen . . . genügen aber wohl, um zu beweisen, dafs man das Bisthum, den Bischof als solchen als Rechtsträger, Besitzer, Eigenthümer des Territoriums, der Regalien, Güter u. s. w. angesehen und erklärt hat."

[4] So auch Roth-Meibom (Kurh. Privatr. 342).

[5] Jur. Persönlichkeit, 159.

[6] Lehrb. des Preufs. Privatr. 1875, I. 88 N. 17.

ander abzuwägen; in der Hauptsache haben wir es hier allerdings nur mit einer technischen Frage, nämlich der Construction der Bisthumspersönlichkeit zu thun.

Unter Diöcese, gewöhnlich auch Bisthum, Bisthumssprengel genannt, haben wir, wie Schulte selbst betont,[1] „die örtlich genau umschriebenen, abgegrenzten Gebiete für die einzelnen Bischöfe," also einen hierarchischen Territorialbegriff zu verstehen. Bischofssitz, Bischofsstuhl, *sedes episcopalis,* nicht selten auch Bisthum, ist die bildliche Bezeichnung für die bischöfliche *dignitas,* das bischöfliche Institut. Die bischöfliche Kirche oder Kathedrale schliefslich ist die dem Bischof zur Ausübung bestimmter ständiger, pontificalischer Amtsverrichtungen zugetheilte Kirche, sie ist die Pfarrkirche des Bischofs, wie die Diöcese die Pfarrei desselben ist.

Wir sehen: die Begriffe sind, wenn auch oft *promiscue* gebraucht, innerlich verschieden. Da nun Niemand ernstlich behaupten wird, dafs durch jeden derselben eine besondere unkörperliche Persönlichkeit gegeben sei,[2] so ist eine Untersuchung darüber von Nöthen, worin der Persönlichkeitscharakter des Bisthums denn nun zur Erscheinung gelangt.

Zunächst sind Verwaltungs- resp. Aufsichtsrecht vom Eigenthumsrecht zu trennen, und demnach ist, was wohl Niemand schärfer betont hat, als Schulte selbst, der Bischof ebensowenig Eigenthümer des Diöcesangutes als der Papst Eigenthümer des gesammten Kirchenvermögens. Dafs die Diöcese keine Person sei, hat Schulte bereits anerkannt: „die Sprengel, d. h. die örtlich genau umschriebenen, „abgegrenzten Gebiete für die einzelnen Bischöfe haben allerdings „auf den Charakter juristischer Personen ebensowenig Anspruch „als das Staatsgebiet, das Gemeindegebiet, der Pfarrsprengel u. s. w. „Denn sie sind nichts als der Raum, innerhalb dessen der Bischof „seine Gewalt handhabt."[3] Es giebt ferner ja auch Bisthümer, die

---

[1] Erwerbs- und Besitzfähigkeit, 37. Jur. Persönlichkeit, 47.

[2] Das ist ebensowenig anzunehmen, als die von den älteren Canonisten bald corporativ bald anstaltlich gefafste *ecclesia,* oder die früher an das kirchliche Amt und jetzt an die Kirchenfabrik angelehnte Privatrechtspersönlichkeit der Localkirche verschiedene Personen sind.

[3] Erwerbs- und Besitzfähigkeit, 37. Jur. Persönlichkeit, 47. Wenn Schulte dagegen (Jur. Persönlichkeit, 208) sagt: „Die Deduction, Diöcese bedeute nur

sich nach Personen abgrenzen.[1] Der Construction der Diöcesen als Persönlichkeiten steht, da diese nicht selten aus verschiedenen Staatsgebieten gebildet sind, schliefslich dieselbe Schwierigkeit entgegen wie der Construction des territorialen Persönlichkeitscharakters der Universalkirche. In der That hat Bluhme deshalb die Persönlichkeit des Bisthums Limburg geleugnet mit der Motivirung: „die Grenzen des Bisthums, d. h. des bischöflichen Verwaltungsbezirks überschritten die damaligen Staatsgrenzen.“[2] Man sieht hier auch gleichzeitig, wie wichtig die juristische Construction für die Persönlichkeitsexistenzfrage selbst ist: so wurde beispielsweise für Frankreich durch das Gutachten des *Comité de legislation* vom 21. December 1841 und ein Ministerialcircular v. 10. April 1862[3] die Bisthumspersönlichkeit negirt mit der Erklärung: die Diöcesen bilden nur administrative Bezirke, und sind daher nicht erwerbsfähig. Dafs diese Ansicht auch sonst vertreten ist, ist am besten aus Poschinger S. 199 zu ersehen.

Dieser weist übrigens darauf hin, „dafs ja auch im staatlichen „Rechtsgebiete Verwaltungsgebiete existiren, denen das Recht die „Eigenthumsfähigkeit ohne Bedenken zuerkannt hat, ich erwähne „blofs die Land-, Districts- und Kreisgemeinden.“ Diese Parallele ist zulässig, es darf aber für beide Fälle nicht der District, sondern nur die Anstalt resp. der corporative Verband als Rechtsträger angesehen werden. Dasselbe ist bezüglich der Pfarreien zu sagen, deren Persönlichkeit auf Grund eines angeblichen und ausschliefslichen Territorialcharakters ebenfalls schon verneint worden ist. Das Bisthum kommt also nur als Anstalt in Betracht: so ist das Erzbisthum Freiburg, trotzdem ihm Hohenzollern angehört, ein badisches Anstaltsganze, mit seinem Sitz in Freiburg. Was nun das juristische Aeufsere dieser Anstalt anlangt, so war die frühere Personification der *dignitas*, der *sedes episcopalis* oder des Bischofsstuhls, nur ein Nothbehelf, den Corporationscharakter als die einzige Erscheinungsform der

---

einen Verwaltungsbezirk, bedarf keiner Widerlegung,“ so steht er damit im Widerspruch mit sich selbst. Gegen den Persönlichkeitscharakter der Diöcesen ist auch Thudichum (Deutsches Kirchenrecht des 19. Jahrh. II. 228).

[1] Vgl. Schulte, Erwerbsfähigkeit, 37 und Richter-Dove (Lehrb. 7. Aufl. 1083).

[2] K. R. 184.

[3] Dursy, das Staatskirchenrecht in Elsafs-Lothringen I. 105, 258.

Persönlichkeit auf die *universitas antecessorum et successorum* zu gründen; dieses Constructionsmittel können wir heute entbehren.

Es bleibt somit nur noch die bischöfliche Kathedrale übrig, [1] und in der That geht die Persönlichkeit des Bisthums ganz auf in der bischöflichen Domkirche, welche wie jede andere Kirche als »Stiftung« juristisch zu begreifen ist. [2] Schulte selbst hat mit vielem Geschick die Eigenthumssubjectivität der Bisthumskirchen erwiesen und die Kirchen überhaupt mit vollstem Recht als den „Mittelpunkt, Stützpunkt und den eigentlichen Eckstein aller Vermögensmassen“ [3] genannt. Es sind nur Schulte'sche Gedanken, [4] wenn wir darauf hinweisen, dafs im Mittelpunkt des katholischen Cultus das h. Mefsopfer steht, und somit die Kirche das sichtbare Centrum des vom Priesterthum geleiteten religiösen Lebens ist, dem sie dauernd und ausschliefslich dient. Die Einführung in die Pfarrkirche und die bischöfliche Kathedrale ist daher die Besitzergreifung der pfarramtlichen und bischöflichen Rechte. Wir stimmen Schulte bei: „Somit ruhet die Persönlichkeit der Kirche auf dem Rechtsgebiete in gewisser Beziehung nothwendig auf der einzelnen Kirche.“ [5] Gräff will offenbar denselben Gedanken ausdrücken, wenn er sagt: „Die Kathedral- und Pfarrkirchen bilden ihrer Bestimmung gemäfs gleichsam das Haupt der juristischen Person, welche mit dem Namen

---

[1] *Ecclesia magna, sanctissima, sacrosancta, in qua servit, cui praesidet, cuius episcopatum tenet, cui adscriptus est episcopus.* Vgl. Schulte, Erwerbs- und Besitzfähigkeit, 14 f. Jur. Persönlichkeit, 9. v. Poschinger, dissert. 32 und gröfseres Werk, S. 71—75. — So führt auch der Bischof an verschiedenen Stellen des Codex und der Novellen das ehrende Attribut *„sanctissimus“*, während z. B. in Nov. 123 c. 32 die *clerici* im Gegensatz zu den *sanctissimi episcopi* nur *religiosissimi* genannt werden.

[2] Die päpstliche Note v. 10. Aug. 1819 oder Darstellung der Gesinnungen Sr. Heiligkeit über die Erklärung der vereinten protestantischen Fürsten und Staaten des teutschen Bundes (Münch, Vollst. Sammlung aller älteren und neueren Concordate, II. 405 N. 40) nennt daher das Bisthum ganz correct eine „würdevolle Stiftung“. Ebenso spricht das Formular des Fundationsinstrumentes bezüglich der Bisthumsdotation von „Obiger unserer Stiftung“ (Münch, II. 334).

[3] Jur. Persönlichkeit, 21.

[4] Jur. Persönlichkeit, 31 f. Vgl. dazu Gierke, II. 542, welcher die deutschrechtliche Auffassung dieser Verhältnisse skizzirt.

[5] a. a. O. 32.

der Diöcese oder der Pfarrei bezeichnet wird." [1] Eine technische Bedeutung gebührt diesem Gedanken allerdings nicht: wir wenigstens vermögen uns unter dem »Haupt« einer unkörperlichen Person nichts Bestimmtes vorzustellen: die Kathedrale ist nicht das Haupt, sondern als Mittelpunkt der bischöflichen Institution das Substrat der Bisthumspersönlichkeit, welche nach der hier allerdings selteneren Verselbständigung der civilistischen Befugnifssphäre in der Kathedralkirchenfabrik eine privatrechtliche Sonderexistenz führt.

Keineswegs aber kann es unseren Beifall finden, wenn Schulte den privatrechtlichen Bisthumsbegriff mit demjenigen der bischöflichen *mensa* identificirt und meint, die „*mensa* (wäre) infolge der geschichtlichen Entwicklung des Kirchenvermögens recht eigentlich das Bisthum als Person auf dem Gebiete des Vermögensrechts." [2] Das ist ebenso unrichtig, als die Pfarrpfründegüter das Kirchenvermögen schlechthin sind.[3] Schulte kann auch in keiner Weise die geschichtliche Entwicklung für sich anrufen, denn diese führt, wie wir sahen, zu dem Ergebnifs, dafs die mit dem gottesdienstlichen Anstaltsganzen verbundene civilistische Willenssphäre sich zur eigenen und selbständigen Existenz als Kirchenfabrik loslöste, und als solche trotz der von diesem Rechtsganzen nach und nach abgelösten Theilkörper die Persönlichkeit der Kathedrale weiterführt: nicht die bischöfliche *mensa*, sondern die bischöfliche Kirche resp. Kathedralkirchenfabrik ist das Bisthum in vermögensrechtlicher Beziehung. Nicht die *mensa*, wie Schulte meint (a. a. O. 50, 62, 75), sondern die *sanctissima ecclesia episcopi* hat auch, wie die l. 42 (41) § 2 C. 1, 3 unzweifelhaft zeigt, ein Intestaterbrecht in den bischöflichen Nachlafs.

Schulte meint: „Die *fabrica ecclesiae cathedralis* hat nur einen „bestimmten Zweck für den Gottesdienst, die Unterhaltung der bischöf- „lichen Kirche als einer einzelnen, ist deshalb ein bestimmtes „einzelnes Rechtssubject, als solches geschieden von der *Dioecesis*,

---

[1] Das Eigenthum der kath. Kirche, 25.

[2] Erwerbs- und Besitzfähigkeit, 38, 52. Jur. Persönlichkeit, 48, 62.

[3] Im Westfälischen Frieden art. XI. § 6 wird der *Archiepiscopatus cum omnibus eo pertinentibus territoriis, regalibus et juribus* von den *redditus Cameralium et ad mensam Archiepiscopalem pertinentes* unterschieden.

dem *episcopatus.*“ [1] Diese Bedenken widerlegen sich schon durch die Beobachtung, dafs auch die bischöflichen Kathedralen in der Regel Pfarrkirchen im engeren Sinne sind, und doch hindert dieser Charakter als einer einzelnen Kirche nicht ihre privatrechtliche Identität mit dem Bisthum. Wenn Schulte ferner hervorhebt, dafs „das Vermögen der *ecclesia cathedralis* nach heutigem Rechte nur für diese verwendet“ wird, so ist das allerdings richtig, beweist jedoch nichts gegen uns. Infolge der vorangeschrittenen Spaltung der kirchlichen Vermögenskörper in die mannigfaltigsten Theilpersönlichkeiten wurde nämlich fast für jeden besonderen Diöcesanzweck auch ein besonderes Vermögen constituirt, so dafs füglicher Weise das zurückgebliebene Stammgut für diese Specialzwecke nicht benöthigt wird und allein und ausschliefslich dem Kathedralunterhaltungszweck, zu dessen Gunsten kein besonderes Vermögen ausgeschieden wurde, dienstbar blieb. Wie der Vater Genufs und Eigenthum des gröfsten Theiles seines Vermögens zu Lebzeiten den Kindern überlassen kann und trotzdem Repräsentant des Namens bleibt, so bleibt auch die Kathedrale resp. Kirchenfabrik die Verkörperung des Bisthums auf dem Gebiete des Civilrechts, wenn auch das meiste Vermögen derselben zur selbständigen Existenz abgezweigt wurde.

Wenn der auch von Schulte betonte Gesichtspunkt der Verwendung für die verschiedensten Zwecke der gesammten Diöcese bestimmend wäre für die Construction der Persönlichkeit des Bisthums, dann müfste diese, was Schulte anderntheils aber entschieden mifsbilligt, [2] unbedingt in den Centralkirchenfonds gefunden werden. Bereits in den „Grundzügen zu einer Vereinbarung über die Verhältnisse der kathol. Kirche in teutschen Bundesstaaten“ (Beilage z. Protokoll der 17. Zusammenkunft v. 30. April 1818) im § 71 heifst es: „Es „soll unter den oben (§ 62) bemerkten Modificationen möglichst „Bedacht darauf genommen werden, in jedem teutschen Staate „neben der Dotation der Bisthümer und der dazu gehörigen Institute, „einen eigenthümlichen, von dem Staatsgut abgesonderten „allgemeinen Kirchenfonds neu zu bilden . . . damit aus dem-

[1] Die jur. Persönlichkeit, 48 N. 20.

[2] Die jur. Persönlichkeit, 102 N. 19.

„selben diejenigen kirchlichen Bedürfnisse bestritten werden können, „für deren Befriedigung örtliche Fonds entweder gar „nicht vorhanden oder doch nicht zureichend sind.“[1] Ebenso bestimmte die Kirchenpragmatik im § 48: „In jedem der vereinigten „Staaten wird, sobald es thunlich ist, ein allgemeiner katholischer „Kirchenfonds gebildet, aus welchem solche katholische kirchliche „Bedürfnisse aushülfsweise zu bestreiten sind, zu deren Bestreitung „Niemand eine gesetzliche Verbindlichkeit hat, oder keine Mittel „vorhanden sind.“[2] Auch die Württemb. V. U. § 82, sowie die königl. V. O. v. 30. Januar 1830, welche in sämmtlichen, zur oberrheinischen Kirchenprovinz gehörenden Ländern erlassen wurde, bringt diese Bestimmung im § 39 in Erinnerung. Man könnte auch versucht sein, in dem Intercalarfonds die Privatrechtspersönlichkeit des Bisthums aufgehen zu lassen, zum wenigsten für Württemberg, wo „die Anstalt des Intercalarfonds alle katholischen Kirchenstellen im Königreich ohne Unterschied umfafst.“[3] Das Irrige einer solchen Annahme widerlegt sich aber schon durch die angezogene Verfügung selbst, welche sub III. bestimmt: „Durch seine Quelle und Natur unterscheidet sich der Intercalarfonds von dem katholischen Bisthums- und allgemeinen Kirchengut.“[4]

§ 41.

Die Persönlichkeit der Bisthümer.

Die Eigenthumssubjectivität der bischöflichen Kirche findet in den römischen Quellen ihren klarsten Ausdruck.[5] Der ganze Titel II. des *1. lib. Codicis „de sacrosanctis ecclesiis“* ist Beweis dafür. Speciell für die Eigenthumssubjectivität der Kathedrale in Constantinopel finden sich mehrere Belege, beispielsweise in c. 17, 18 C. 1, 2; Nov. 120 c. 6 pr.; 131. c. 15. Nach l. 12 C. 1, 2 beziehen die *sacrosanctae ecclesiae* sogar Staatszuschüsse *in diversis speciebus,* und die *Nov. Marciani (tit. V., de testam. cleric.)* erläfst

[1] Münch, Vollst. Sammlung aller älteren u. neueren Concordate, II. Bd. 357.
[2] Münch, II. 332.
[3] Verfügung des kgl. kath. Kirchenraths (Lang, Sammlung III. 683).
[4] S. 683.
[5] Schulte, Erwerbs- u. Besitzfähigkeit, 38. Jur. Persönlichkeit, 48.

die Aufforderung: „*ut nullum de se meritum neglexerit, multa sacrosanctis ecclesiis . . . contulent.*“ Die Kathedralkirchen hatten schon zur Zeit des Theodosius und Valentinian einen besonders grofsen Grundbesitz, und die beiden Kaiser bestimmten daher durch Gesetz vom 17. Februar 445, dafs auch auf den Grundstücken *(possessiones)*, welche im Eigenthum der Hauptkirchen ständen *(ad sacrosanctas ecclesias pertineant)*, bestimmte Reallasten liegen sollten.[1] Ferner legt, wie Nov. 131 c. 13, so auch l. 42 (41) § 1 C. 1, 3, den Bischöfen die Pflicht auf: „*ad sanctissimas accurrant ecclesias, et eis omnes suas facultates afferant et derelinquant, ut in pauperes et egentes et in alios pios usus consumantur.*“ Der § 2 giebt der Kathedrale sogar ein festumschriebenes Erbrecht *ab intestato* in den Nachlafs des Bischofs:[2] „*Qui vero episcopi vel nunc sunt, vel futuri „sunt, eos sancimus nullo modo habere facultatem testandi vel donandi „vel per aliam quamcunque machinationem alienandi quid de rebus suis, „quas postquam facti sunt episcopi, obtinuerunt vel ex testamentis, vel „donatibus vel ex alia quacunque causa, exceptis duntaxat his, quas ante „episcopatum habuerunt ex quacunque causa, vel quas post episcopatum „a parentibus, patruis vel avunculis et a fratribus ad ipsos pervenerunt „perventuraque sunt. Quaecunque vero post ordinationem ex qua- „cunque causa, sicut diximus, praeterquam ex praefatis personis ad „ipsos pervenerunt, ea iubemus ad sanctissimam ecclesiam, „cuius episcopatum tenebant, pertinere et ab ea vindicari.*“ Die Zulässigkeit der Vindicationsklage ist aber das untrüglichste Zeichen eines Eigenthumsrechtes. Dieser Rechtsauffassung giebt auch Gregor Ausdruck (c. 1 C. 12 q. 5); c. 5 X. 1, 41 spricht die Berechtigung der *ecclesia Ilerdensis* zu einer *restitutio in integrum* aus, und c. 6 C. 16 q. 3 erwähnt das *ius retentionis* und *alternum dominium* eines andern Bisthums. Nach den Untersuchungen,

---

[1] l. 11, C. 1, 2.

[2] Nov. 131 c. 13 bestimmt noch allgemeiner: „*Si quis autem episcopus aut clericus . . . moriantur sine testamentis et legitimis successoribus, horum successio ecclesiae competat, in qua constituti fuerint.*“ Ebenso c. 7 C. 12 q. 5. Theodosius II. hat im J. 434 bereits der *ecclesia* ein Erbrecht in den Nachlafs der an ihr angestellten Geistlichen gegeben, welche ohne Testament gestorben sind und weder Verwandte noch eine Wittwe haben. Dieser c. 1 Cod. Theod. V. 3 ging auch in die *lex Rom. Visig.* über.

die Schulte über diesen Gegenstand in den oben erwähnten Werken angestellt hat, ist es kaum mehr nöthig, aus römischen und kirchlichen Rechtsquellen den Persönlichkeitscharakter der Kathedralen noch weiter zu beweisen; derselbe hat Recht, wenn er es als einen „aus Hunderten von Quellenstellen mit Evidenz sich ergebenden Satz“ ansieht, „dafs die Kirchen . . . vor Allem aber die . . . . Kathedralen . . . juristische Personen sind.“ [1]

Der Graf Cancor und seine Mutter hatten das Kloster Lorsch gegründet und es dann *„sub traditionis titulo“* dem Erzbischof Ruotgang von Metz ins persönliche Eigenthum gegeben mit dem ausdrücklichen Zusatz: *„nullius quidem episcopii seu cuiuslibet ecclesie iure aut dominio subiicientes.“* [2] Wie hier der früher erörterte Grundsatz der Privateigenthumsfähigkeit der *res sacrae* bestätigt ist, — später kam dieses Kloster an Ruotgangs Bruder Gundeland und dann *„in manus et mundeburdem regis Karoli“* — so enthält die Bestimmung: *nullius episcopii dominio subiicere* die unzweideutigste Anerkennung der Eigenthumssubjectivität der Bisthümer. Ebenso schenkte der König im J. 909 die Abtei Traunsee einem Grafen und dem Erzbischof von Salzburg *usque in finem vite utriusque in proprietatem, et deinceps ad sanctam Juvavensem sedem perpetualiter in proprietatem.* [3] Innocenz IV.[4] erläutert die Rechtsfähigkeit der Praebende durch den Hinweis auf diejenige des Bisthums (und Hospitals): *„haec praebenda potest habere iura sua et possidere sicut episcopatus.“*

Auf diesem Standpunkt steht auch die spätere deutsche Gesetzgebung. Der Westfälische Friede spricht im art. V. § 14 von *„bona . . . Archiepiscopatus, episcopatus,“* der art. X. § 7 erwähnt den *„Archiepiscopatum Bremensem et episcopatum Verdensem cum oppido . . „omnique iure, . . cum omnibus et singulis ad eos pertinentibus, ubi„cunque sita sunt, ecclesiasticis et saecularibus bonis et iuribus quocunque „iure vocatis.“* Im art. XI. § 1 wird erwähnt ein *„Episcopatus*

---

[1] Erwerbs- u. Besitzfähigkeit, 37. Jur. Persönlichkeit, 47 f. Ferner System 486 ff.

[2] C. Lauresham. Mon. Germ. 21, 341 ff.

[3] Urkundenbuch des L. ob der Enns, II. 56.

[4] Comm. in c. 3 X. 2, 19 N. 1—2.

„Halberstadensis cum omnibus iuribus, privilegiis, regalibus, territoriis „et bonis saecularibus et ecclesiasticis,“ und § 2 *„una cum eo (scl. „episcopatu Halberstadensi) pertinentibus bonis et iuribus.“* Der art. XI. § 6 spricht von einem *„archiepiscopatus cum omnibus eo pertinentibus territoriis, regalibus et juribus.“* Die Bisthümer erscheinen somit als Träger von öffentlichen wie Privatrechten.

Der Deputationshauptschlufs von 1803 § 1 bestimmt die Rechtsverhältnisse der „Bisthümer Trient und Brixen, mit ihren sämmtlichen Gütern, Einkünften, eigentlichen Besitzungen, Rechten und Vorrechten ohne irgend eine Ausnahme.“ Dafs hier überall Bisthum im Sinne von Bischofsstuhl zu nehmen ist, und die sog. juristische Persönlichkeit des Bischofsstuhls in der Domkirche existent wird, zeigt der citirte Hauptschlufs im § 25: „Der Stuhl zu Mainz wird auf die Domkirche zu Regensburg übertragen.“ [1]

Derselbe Hauptschlufs stellt auch im § 35 die „feste und bleibende Ausstattung der Domkirchen“ in Aussicht, und wir werden zu zeigen haben, wie die Staaten dieses Versprechen durch die Bisthumsdotationen erfüllt haben. Folgerichtig bezeichnet daher das Appellationsgericht zu Dillenburg in seiner Verfügung vom 16. April 1862 als „vermögensrechtliche Persönlichkeit“ „das Bisthum Limburg oder die fundirte bischöfliche Kathedralkirche.“

Die Säcularisation am Anfang dieses Jahrhunderts machte den bestehenden Bisthümern ein Ende, und im bayrischen Concordat (1817), sowie in den als Staatsgesetze promulgirten päpstlichen Bullen *„De salute animarum“* (1821), *Provida solersque“* (1821), und *„Impensa Romanorum“* (1824) wurde für Bayern, Preufsen, Württemberg, Baden, Hessen-Darmstadt, Kurhessen, Nassau — kurz, für ganz Deutschland — die Neu-Circumscription der Diöcesen in heute noch rechtsverbindlicher Weise vollzogen.

In Bayern zunächst wurden zwei Erzbisthümer: München-Freising und Bamberg, sowie sechs Bisthümer: Würzburg, Eichstätt, Speyer, Augsburg, Passau und Regensburg errichtet. Nachdem hier im § 4 die Dotation für die *mensae Archiepiscopales et Episcopales* und die *capitula* geregelt ist, heifst es am Schlufs dieses

---

[1] Vgl. auch Schulte, Erwerbs- u. Besitzfähigkeit, 54—58. Jur. Persönlichkeit 63—68.

Paragraphen: „*Fabricarum denique ipsarumque Ecclesiarum fundi, redditus, bona mobilia et immobilia conservabuntur.*"

Für Preufsen wurde in der Bulle „*De salute animarum*" die Dotirung des Erzbisthums Köln mit den Suffraganbisthümern Trier, Münster und Paderborn, des Erzbisthums Gnesen-Posen mit dem Suffraganbisthum Culm, sowie der exemten Bisthümer Breslau und Ermland so in Aussicht genommen, dafs auf namentlich dazu angewiesene Staatswaldungen acht Grundzinse errichtet werden sollten, und zwar zu solchem Betrag, dafs die davon jährlich zu erhebenden, von jeglicher Belastung freien Einkünfte entweder zur gänzlichen Ausstattung der Diöcesen — falls keine eigenen Güter mehr vorhanden waren — oder zur Ergänzung der Ausstattung ausreichten, „so dafs „jede Diöcese zukünftig ein solches Jahr-Einkommen haben „möge, welches die für die erzbischöfliche oder bischöfliche Tafel, „für das Domcapitel, für das Seminar und für den Weihbischof aus„gesetzten, unten aufzuführenden Einkünfte vollkommen decke, und „dafs das Eigenthum solcher Grundzinsen durch Urkunden in bün„diger, den Gesetzen jenes Reichs entsprechender Form abgefafst „und von dem vorgepriesenen König selbst vollzogen, einer jeden „Kirche übertragen werde." Da aber die Ausführung dieser Dotation wegen der auf den Staatsforsten ruhenden Hypotheken vor 1833 nicht möglich war, so bestimmte die Bulle, „dafs die „Eintragung gedachter Grundzinsen in dem erwähnten Jahre 1833 „oder auch theilweise früher, wenn nämlich ein Theil der Wal„dungen von jener Hypothek befreiet würde, Statt finden soll. Es „werden demnach wenigstens vom Jahre 1833 ab jene Grundzinsen „von den einzelnen Diöcesen unmittelbar erhoben." Bis dahin soll „eine dem Ertrag der Grundzinsen gleichkommende Baarschaft „aus den Regierungshauptkassen der Provinz einer jeglichen Dioeces „ausbezahlt werden. Und um jede Besorgnifs zu heben, dafs diese „Art der Zahlung auch über das Jahr 1833 hinausreichen könne, „wenn vielleicht die Behörde der Errichtung gedachter Grundzinsen „widerspräche, weil die Staatsschuld noch nicht genugsam ver„mindert worden sey; so hat der belobte König sich erboten, und „fest zugesagt und verheifsen: wenn wider alle Erwartung sich „solches zutragen möchte; dafs dann mit baarem Gelde des „Staates so viel Grundstücke erkauft und den Kirchen zu eigen-

„thümlichem Besitze übergeben werden sollen, als erforderlich „sind, um durch ihr jährliches Einkommen den Betrag jener Grund-„zinsen zu erreichen.“ [1] Dem ist nun freilich hinzuzufügen, dafs

1. eine Veranlagung der Dotationen in Renten bis zur Stunde noch nicht erfolgt,
2. infolgedessen auch die unmittelbare Erhebung von Grundzinsen durch die Diöcesen unmöglich, und
3. ein Ankauf von Ländereien zur Fundirung der Diöcesen noch nicht geschehen ist.

Vielmehr wird die der Rente entsprechende Summe heute noch aus der Regierungshauptkasse der Provinz ausbezahlt,[2] und es ist nur insofern ein Wechsel zu verzeichnen, als neuerdings verfügt worden ist, dafs das vertragsmäfsige Gehalt der Domcapitulare nicht mehr an die Diöcesankasse, sondern an jeden einzelnen Capitular direct durch die Staatskasse gezahlt werden soll. Wenn nun Fr. v. Sybel den deshalb erhobenen Einspruch der Bischöfe für unbegründet hält,[3] so irrt er, wie seine ganze Interpretation der Bulle eine verfehlte ist.

Die Bulle erklärt in klaren, unzweideutigen Worten, dafs „einer jeden (bischöflichen) Kirche — *unicuique Ecclesiae*“ — das „Eigen-

---

[1] Wir citiren hier nach der Uebersetzung, in welcher die Bulle für Preufsen in der Gesetzessammlung 1821 N. 12 publicirt wurde. Sie ist auch mit dem lateinischen Text abgedruckt bei Münch, Vollst. Sammlung aller ältern und neuern Concordate II. 250—296. — Was die Sache selbst anlangt, so hat schon das Formular des Fundationsinstruments eine solche Regelung in Aussicht genommen (Münch, S. 333).

[2] So sind z. B. in dem diesjährigen Etat (1884/85) unter der Rubrik: „Bisthümer und die zu denselben gehörigen Institute“ für das „Bisthum Ermeland“ ausgesetzt:

a. Bischöflicher Stuhl	47 012,09 ℳ
b. Domcapitel	36 225,34 »
c. Dompfarrkirche	6 082,67 »
d. Seminar in Braunsberg	7 415,— »
e. Emeritenanstalt	4 110,— »
f. Demeritenanstalt	4 395,— »

Ganz so vollzieht sich die Regelung für die übrigen Bisthümer.

[3] Das altkath. Bisthum, 36: „entbehrt aller gesetzlichen Begründung.“ Von einer diesbezüglichen Verfügung erhielten wir übrigens erst durch v. Sybel Kunde.

thum solcher Grundzinsen — *huiusmodi Censuum proprietas*" — übertragen, und dafs deshalb von 1833 an „jene Grundzinsen von den einzelnen Diöcesen unmittelbar — *a singulis Dioecesibus immediate*" — erhoben werden sollen; bis dahin aber mufs eine den Grundzinsen gleichkommende Summe alljährlich aus der Staatskasse „einer jeglichen Diöcese — *unicuique Dioecesi*" — ausbezahlt werden.

Hier ist doch in klarster Weise das Rechtsverhältnifs dahin erklärt, dafs die Diöcese oder bischöfliche Kirche Trägerin des Eigenthums- resp. Forderungsrechts ist mit der obligatorischen Verpflichtung, den einzelnen Destinateuren (Seminar, Capitel, bischöfliche Tafel) die für diese ausgesetzte Quote aus der Gesammtsumme zu verabfolgen. Man mufs den Worten geradezu Gewalt anthun, will man in Sybel'scher Weise deduciren. Folgende Argumentation aber gar dürfte doch zu den gröfsten juristischen Absonderlichkeiten zählen: „Allerdings sagt der Text der Bulle, dafs der *ecclesia* das „Eigenthum an den Renten, bezw. an den zu kaufenden Grund„stücken übertragen werden soll, aber doch nicht im Entferntesten, „dafs die einzelne bischöfliche *ecclesia* damit auch als der Eigen„thümer anerkannt werde. Die Frage über das Subject des Eigen„thümers ist vollständig offen gelassen: das Eigenthum will der „Staat abgeben, das Eigenthum soll auch in die Hände des Bis„thums übertragen werden, ob aber zu eigenem Recht oder ob zur „Vertretung und Ausübung der Eigenthumsrechte eines Dritten, ist „ganz und gar unentschieden."[1] Auf diese Weise wird v. Sybel Alles beweisen können. Seit wann genügt es denn nicht, dafs Jemand gesetzlicher und rechtmäfsiger Eigenthümer ist? Wird denn nicht jeder rechtmäfsige Eigenthümer von den hier etwa in Betracht kommenden Factoren: Gesetzgebung und Judicatur, als solcher anerkannt? Und was läfst sich denn darunter Vernünftiges denken, dafs die bischöfliche Kirche wohl Eigenthümer sei, aber nicht zu eigenem Rechte, sondern zur Vertretung und Ausübung der Eigenthumsrechte eines Dritten? Es ist aber auch durchaus irrig, wenn v. Sybel aus dem Umstand, dafs die verheifsene Eigen-

[1] a. a. O. 37. Ein Seitenstück hierzu ist es, wenn manche Gesammtkirchentheoretiker z. B. Phillips, Lehrb. 691 und Maas, Archiv IV. 692, die kirchl. Institute als Eigenthumsträger wohl Dritten, aber nicht der Kirche gegenüber betrachten.

thumsübertragung von Grundzinsen resp. Liegenschaften nicht erfolgt ist, den Schlufs zieht, die etwa ausgesprochene „Anerkennung der Institute als juristische Personen und Eigenthümer ihres Vermögens" habe „keine praktische Anwendung gefunden," und diese sei „durch eine mehr als fünfzigjährige Nichtausführung *in desuetudinem* gerathen."[1] Die Rechtsfähigkeit verjährt nie, und die Persönlichkeit bleibt bei dem Verlust und Erwerb einzelner materieller Rechte völlig unberührt.

Die Bulle *„Impensa Romanorum"* ist, weil an dieser Stelle nicht präcis genug,[2] für unsere Frage nicht ergiebig, um so mehr dagegen die Bulle *„Provida solersque"*, welche bezüglich der Diöcesen Freiburg, Mainz, Fulda, Rottenburg und Limburg bestimmt: *„mandamus, ut „ad supradictarum Ecclesiarum . . . in bonis fundisque stabilibus „aliisque redditibus cum iure hypothecae specialis et in fundos post„modum ac bona stabilia convertendis, ab iis in proprietate possi„dendis et administrandis respectivam dotationem procedat*[3] *(scl.*

---

[1] S. 37.

[2] *„Rex spopondit intra quadriennium a data praesentium numerandum tot fundos ac bona stabilia, Decimas et Census reales Episcopo et Capitulo ea, qua singulis par est quantitate, se traditurum."*

[3] Auch hier wiederholt v. Sybel den nichtssagenden Zweifel, „ob die betreffenden Institute das Eigenthum zu eigenem Recht haben sollen oder nur als Vertreter fremden Rechts: mit andern Worten, es ist kein Präjudiz darüber aufgestellt, ob die Institute als Eigenthümer oder nur wie Eigenthümer das Vermögen besitzen sollen." (S. 38.)

Im Einzelnen bestimmt die Bulle:

1. *„Archiepiscopali Ecclesiae Friburgensi in Brisgoria assignabit Dominatum Lincensem, vulgo Linz aliosque redditus, quae bona redditusque in totum septuaginta quinque millium tercentum sexaginta quatuor Florenorum Rhenensium annuam summam producunt."*
2. *„Episcopali Ecclesiae Moguntinae firmis redditibus et proventibus, quibus actu gaudet, annuam tribuet summam viginti mille florenorum Rhenensium percipiendam ex proventibus ac redditibus Praefecturae Moguntinae ad exigenda vectigalia redditusque dominicos constitutae solvendam quotannis praedictae Ecclesiae ea lege, ut memorata summa gaudeat iure hypothecae in bonis fundis et redditibus dominicis eiusdem Praefecturae Moguntinae, atque huiusmodi dispositio firma,stabilis et inconcussa maneat, donec ipsi Episcopali Ecclesiae Moguntinae praedia et fundi, quorum fructus viginti millium florenorum summam annuatim producant, pleno iure ab ea possidenda, assignentur."*

Joann. Bapt. de Keller, episcop. Evariensis, Executor Literarum Papalium). Die wirkliche Dotirung ist durch den Herzog Wilh. v. Nassau mittels Bisthumsdotationsurkunde vom 8. Decbr. 1827 für das Bisthum Limburg erfolgt.[1] Das Kurfürstlich Hessische Fundationsinstrument für das Bisthum Fulda ist abgedr. in Weifs, *corp. iur. eccl. catholic. p. 304 ff.*

Das in der Sammlung der Württembergischen Kirchengesetze III. 1067 ff. abgedruckte Fundationsinstrument für das Bisthum Rottenburg giebt eine Ausstattung an Gebäuden, liegenden Gründen und jährlichen Einkünften und bestimmt sodann S. 1070 ganz wie das Nassauische Fundationsinstrument: „Wir wollen jedoch Uns und unseren Nachfolgern vorbehalten, jene Einkünfte nach ihrem Werthe in Grundeigenthum oder in Einkünfte aus demselben umzuwandeln.“ Schon in der Declaration der deutschen Regierungen von 1818 hiefs es:

> *„Episcopatibus vero, capitulis cathedralibus ac seminariis fundationes per summos imperantes adsignabuntur et quidem „in bonis ac fundis immobilibus aut ubi omni ex parte id „fieri nequit, in redditibus stabilibus sufficienter tutis. Ita „dotationes a bonis domanialibus separatae in ecclesiam „transcriptae eique traditae sub inspectione episcopi admini„strabuntur.“*

Und als der Württembergische Geschäftsträger v. Kölle im Auftrag der verbündeten Regierungen der Curie die Dotationsurkunden für die einzelnen Diöcesen überreichte, gab er die Erklärung ab: „Die Dotation müsse vorläufig nach Hypothekenrecht gemacht werden, bis man sie in Grundstücken beschaffen könne.“ Die Hessische Regierung des Besonderen erkennt

---

3. *„Fuldensis Ecclesia Episcopalis habebit agros, prata, agros et silvas aliosque redditus annuam summam florenorum Rhenensium viginti sex millium tercentum et septuaginta constituentes.“*
4. *„Rottemburgensis Ecclesia Episcopalis gaudebit redditibus singulatim descriptis in Instrumento . . .“*
5. *„Episcopalis Ecclesia Limburgensis gaudebit bonis fundi, censibus, decimis aliisque redditibus annuam summam constituentibus viginti unius millium sex centum sex florenorum.“*

[1] Abgedruckt bei Schulte, Erwerbs- und Besitzfähigkeit.

in ihrer Uebereinkunft mit dem Bischof von Mainz vom 23. Aug. 1854 Nr. 14 nochmals „die Verbindlichkeit zur realen Dotation des Bisthums an und sagt baldmögliche Erfüllung zu.“ Auch das Württembergische Concordat vom 8. April 1857, art. III. hat noch einmal ein solches Versprechen enthalten: *„Regium Gubernium non deerit obligationi, quam semper agnovit, dotandi in fundis stabilibus Episcopatum ubi primum permiserit temporum ratio.“* Dasselbe geschah in der zwischen dem Papst und dem Grofsherzog von Baden abgeschlossenen Convention vom 28. Juni 1859.

Die Persönlichkeit der Bisthümer, oder genau gesprochen, der bischöflichen Domkirchen steht somit aufser allem Zweifel. So weit wir sehen, wurde nur einmal diese Wahrheit ernstlich bezweifelt. Als nämlich im J. 1859 das bischöfliche Ordinariat zu Limburg die Ausfertigung der Hypothek des Chr. Stilger zu Niederbrechen über ein demselben aus dem Bisthumsvermögen Limburg bewilligtes Darlehen von 650 fl. nachsuchte, verlangte der Bürgermeister daselbst den Nachweis, dafs das Bisthum Limburg Rechtsfähigkeit besitze. Das Ordinariat erklärte, dafs die »juristische Persönlichkeit« der Bisthümer „eine aus jedem Lehrbuch des „deutschen Staats- und Bundes-Rechtes, wie des Römischen „Rechtes, wie des kathol. Kirchenrechts, wie jeder guten Mono- „graphie über die juristischen Personen, ersichtliche und darum „von jeder Behörde des Herzogthums von Amtswegen zu wissende „Rechtsthatsache ist.“[1] Durch Erlafs der Landoberschultheifserei zu Limburg vom 5. Septbr. 1859 wurde jedoch dem Feldgerichte zu Niederbrechen die Löschung dieser Hypothek befohlen, „weil

1. das Bisthum Limburg nichts als einen kirchlichen Verwaltungsbezirk bezeichne, sonach selbstverständlich von Corporationsrechten des Bisthums keine Rede sein könne; und
2. die dem Bisthum Limburg gewährte Dotation der Verwaltung der herzoglichen Landesregierung übergeben sei.“[2]

Gegen diesen Bescheid führte das Ordinariat am 13. Sept. 1859[3] bei dem Herzogl. Hof- und Appellationsgericht zu Dillenburg Be-

---

[1] Abgedruckt bei Schulte, Erwerbs- u. Besitzfähigkeit, 76.

[2] So wird der Inhalt des Bescheides vom Ordinariat resümirt. Vgl. das in der folgenden Note erwähnte Schriftstück.

[3] Abgedruckt bei Schulte, Erwerbs- u. Besitzfähigkeit, 77 ff.

schwerde, welche aber sowohl von diesem (30. Septbr. 1859)[1] als später vom Herzogl. Staatsministerium (9. Novbr. 1859)[2] abgewiesen wurde.

Die erwähnten Schriftstücke des bischöflichen Ordinariats und noch mehr die Schulte'sche Monographie weisen jedoch das Unrichtige dieser Anschauungen überzeugend nach,[3] und das Appellationsgericht von Dillenburg hat dann auch durch eine in einer anderen Sache erlassene Verfügung vom 16. April 1862 die Vermögensfähigkeit des Bisthums Limburg anerkannt. Dafs ein Bisthum nur ein kirchlicher Verwaltungsbezirk, keine Stiftung und rechtsfähiges Institut sei, ist eine Auffassung, welche nur derjenige theilen kann, welcher von der kirchenrechtlichen Bedeutung der *divina institutione* und mit dogmatischer Nothwendigkeit bestehenden Bisthümer und der *immediata iurisdictio episcopi* keine Ahnung hat. Aus der staatlichen Verwaltung der Bisthumsdotation schliefslich die Leugnung des Persönlichkeitscharakters begründen wollen, bedeutet etwa dasselbe, als wenn jemand wegen der Vormundschaftsverwaltung die Rechtsfähigkeit des Mündels bestreitet. Dabei sehen wir vollständig davon ab, dafs die staatlicherseits in Anspruch genommene Verwaltung des Bisthumsvermögens unrechtmäfsig ist, indem die Bulle *provida solersque*, welche in Nassau am 9. Octbr. 1827 als Staatsgesetz publicirt wurde,[4] den Bisthümern die freie Verwaltung ihres Vermögens garantirte: „*bonis ab iis in proprietate possidendis et administrandis.*"

Die Metropolitansitze: Patriarchal- und Primatialstühle sowie die Erzbisthümer sind dagegen nur in ihrer engeren Bedeutung, *qua* Bisthümer resp. bischöfliche Domkirchen, nicht aber im Sinn einer hierarchischen oder territorialen Erweiterung, Personen.[5] So

---

[1] Abgedruckt bei Schulte, a. a. O. 87 ff.

[2] Abgedruckt bei Schulte, a. a. O. 93 f.

[3] Roth (Bayr. Civilr. I. 230) hat sich ausdrücklich zu der Auffassung Schultes bekannt.

[4] Verordnungsblatt des Herzogth. Nassau 1827 N. 16, S. 63. Abgedruckt bei Weifs, *corp. iur. eccl. 355.*

[5] Dies gegen Poschinger, S. 236, und Schulte, Lehrb. § 43. Die Rechtslage ist hier ähnlich wie bei der *ecclesia Romana,* die nicht als Gesammtkirche, sondern nur als römisches Bisthum Rechtspersönlichkeit hat und beispielsweise Eigenthümer des Bettelklostervermögens ist.

hat z. B. das Erzbisthum Freiburg als badisches Landesbisthum resp. als *cathedralis Friburgensis,* nicht aber als oberrheinische Kirchenprovinz den Charakter einer unkörperlichen Person. Die Metropolitansitze sind keine mit dem kirchlichen Organismus nothwendig gegebene Institutionen, und es ist ihre Rechtspersönlichkeit so lange zu bestreiten, bis eine ausdrückliche Anerkennung der Persönlichkeit durch die weltliche Rechtsordnung diesen Charakter sicherstellt.

E. Die Eigenthumssubjectivität der **Diöcesaninstitute** und **Diöcesanfonds.**

§ 42.

Im Allgemeinen.

Wie die angebliche Persönlichkeit der Gesammtkirche und diejenige der gesammtkirchlichen Institute durchaus verschieden sind, so ist auch der Persönlichkeitscharakter des Bisthums von demjenigen der Diöcesaninstitute und Diöcesanfonds zu unterscheiden. Träger des Diöcesanguts ist das Bisthum in der Erscheinung der Kathedralkirchen, also der Gesammtwille des Bisthums; Vermögenssubject der Diöcesaninstitute und Diöcesanfonds aber ist die jeweilige, besondere Anstalt und Stiftung resp. der in denselben wirksame Bisthums-Sonderwille. Gemeinsam ist beiden die Verwendung für Diöcesanzwecke. Die früher als irrig erwiesene Theorie, dafs das entscheidende Merkmal des Kirchengutes nicht die Trägerschaft, sondern die Zweckbestimmung sei, hat dazu geführt, dafs man Vermögen und Persönlichkeit des Bisthums von demjenigen der specialisirten Anstalten und Fonds nicht mehr begrifflich verschieden fand. Solche Fonds sind aber Personen, gleichgültig, ob das Bisthum eine solche ist oder nicht ist, und aus der juristischen Structur des letzeren folgt in keiner Weise etwas für den Rechtscharakter der ersten.

Wie sich der Wille des Stifters in seiner Stiftung specialisirt und in dieser Einseitigkeit verewigt, so werden auch die Bisthumsanstalten und Diöcesanfonds getragen vom Theilwillen des Bisthums, der in Rücksicht des Zweckes einseitig und nur in Hinsicht der

territorialen Ausdehnung ein allgemeiner ist, d. h. das ganze Bisthum umfafst. Dadurch wird aber der Rechtsträger kein Diöcesangesammtwille und damit die Fonds und das Anstaltsgut kein Eigenthum des Bisthums: das Bisthum und die einem Einzelzweck dienenden Anstalten und Stiftungen sind im entscheidenden Criterium, in ihrer Rechtsträgerschaft, verschieden, und die Gleichheit der territorialen Allseitigkeit ist nicht imstande, diesen Mangel zu heben.

§ 43.

Die einzelnen Anstalten.

Solche Diöcesananstalten sind neben den Emeriten- und Demeritenanstalten vor Allem die bischöflichen Seminare. Dafs diese Personen sind, ist nach der Entwicklungsgeschichte der wohlthätigen Anstalten nicht zu bezweifeln. Die „Grundzüge zu einer Vereinbarung über die Verhältnisse der katholischen Kirche in teutschen Bundesstaaten“ [1] bestimmen daher im § 60: „Der Aufwand für die Seminarien wird besonders *fundirt*, und die *Fonds* werden auf liegende Gründe, wo es nur immer geschehen kann, angewiesen.“ [2] Ebenso erhielt durch die Bulle *„De salute animarum“* der mit der Execution betraute Bischof Joseph v. Ermland den Auftrag, er solle „zu angemessener sicherer Ausstattung der Seminarien jeder Diöces „diesen Anstalten mit Beibehaltung der Güter, die sie etwa schon „haben, jene ganz neue oder ergänzende Ausstattung überweisen, „zu welcher der Durchlauchtigste König in seiner Freigebigkeit sich „erboten hat.“ [3] Ebenso regelt die Bulle *„Impensa Romanorum“* die *„seminarii dotatio,“* [4] wie auch die Bulle *„provida solersque“* die *seminariorum in proprietate possessio* im Sinne der

---

[1] Beilage zum Protokoll der 17. Zusammenkunft v. 30. April 1818 (Münch, II. 355).

[2] Der § 70 (Münch, II. 357) bestimmt: „In einem Bisthum, welches mehreren Staaten gemeinschaftlich ist, vereinigen sich dieselben ein für allemal über einen Aufwands-Etat des Priester-Seminars, und vertheilen den ganzen Betrag unter sich nach der Zahl der in jedem Staate befindlichen katholischen Pfründen.“

[3] Münch, II. 288. — [4] Münch, II. 299.

Persönlichkeit gestaltet.[1] Auch das Bayrische Concordat[2] bestimmt in seinem Artikel V.: *„Sub singulis Dioecesibus Seminaria Episcopalia conserventur et dotatione congrua in bonis fundisque stabilibus provideantur; in iis autem Dioecesibus, in quibus desunt, sine mora cum eadem pariter dotatione in bonis fundisque stabilibus fundentur“;* ebenso spricht der Art. VIII. von den *„bona seminariorum“*, und schon die Pragmatik v. 13. Octbr. 1764 N. 9 führte die *„Seminaria Clericorum“* neben den Spitälern, Armen- und Waisenhäusern und andern zum Behuf der Armen gemachten Stiftungen, Pfarrkirchen und Filialen etc. als Privatrechtssubjecte an. Uhrig[3] theilt mit, dafs der bischöfliche Seminarfonds zu Dillingen in den öffentlichen Cameral- und Hypothekenbüchern bis in die Jetztzeit als Eigenthümer der Pfarrkirche in Kiklingen, Bezirksamts Wertingen, (Diöcese Augsburg) eingetragen war. So ist in der Regel das Seminar oder der Seminarfonds oder die Seminarstiftung (alles dies ist identisch) vor Allem Eigenthümer der Seminarkirche.

Unter den Diöcesanfonds ist auch der oben erwähnte, am 9. Octbr. 1827 vom Herzog Wilhelm v. Nassau errichtete, „zur Deckung des allgemeinen Verwaltungsaufwands der katholischen Kirche im Herzogthum“ bestimmte Nassauische Centralkirchenfonds zu erwähnen.[4] Das herzogliche Gründungsinstrument[5] weifs, dafs „öfters aufserordentliche Bedürfnisse für den katholischen „Cultus im Allgemeinen und insbesondere für das . . . neu ge„stiftete Bisthum einzutreten pflegen, zu deren Deckung specielle „Einnahmen noch nicht angewiesen und ausgemittelt sind.“ Deshalb „soll ein katholischer Centralkirchenfonds errichtet werden;“ es bezeichnet als „dessen Einnahmen“ in 17 Nummern die ver-

---

[1] Münch, II. 314.

[2] Münch, II. 221 f.

[3] Tüb. Theol. Q.-S. 1878, S. 579.

[4] Die von Seiten des bischöfl. Ordinariats zu Limburg in einer Vorstellung an das Hof- und Appellationsgericht zu Wiesbaden geäufserte Ansicht, „dafs unstreitig im Sinne Savignys u. s. w. die Katholiken Nassaus als das Eigenthumssubject für den katholischen Centralkirchenfonds gelten müssen“ (Archiv, 20. S. 147) ist zu nichtssagend, als dafs sie des Besonderen widerlegt werden müfste.

[5] Abgedruckt bei Schulte, Erwerbs- u. Besitzfähigkeit, 112 ff.

schiedenartigsten Vermögensstücke,[1] und normirt eine siebenfache Zweckbestimmung dieses Fonds, um ihn dann schliefslich noch dienen zu lassen „zu etwa vorkommenden allgemeinen kirchlichen Erforder-„nissen, welche für die geistliche Verwaltung nöthig sind oder „nützlich erachtet werden, und wofür keine besonderen fundations-„mäfsigen Mittel vorhanden sind.“ Ebenso bestimmte schon die Württembergische V. U. v. 25. Septbr. 1819, § 82: „Die katho-„lische Kirche erhält zur Bestreitung ihrer Bedürfnisse, wozu keine „örtlichen Fonds vorhanden sind, oder die vorhandenen nicht zu-„reichen, und besonders für die Kosten der höhern Lehranstalten,

---

[1] 1. Den nach der Abtheilung mit der Krone Preufsen der Diesseite verbliebenen Theil der Schönbornischen Fundation.

2. Das von Beckische Legat.
3. Den Ueberrest des unserm Herzogthum zugefallenen Antheils an dem sogenannten Cauber katholischen Collecturfundus unter der Verbindlichkeit zur Bezahlung der auf demselben ruhenden Besoldungen, insofern nicht durch Ausscheidung von Fondstheilen eine Abfindung erfolgt ist.
4. Den niedergrafschaftlichen Supplementarfundus mit dem Vorbehalt der Leistung der darauf ruhenden Lasten.
5. Die Capitelskassen sämmtlicher Landdechaneien im Herzogthum.
6. Das Vermögen solcher Kapellen und einfachen Beneficien, deren Nichtfortbestand für angemessen erkannt werden sollte.
7. Die Einkünfte etwa aufgehoben werdender Pfarreien und Caplaneien, insoweit solche nicht zur bessern Dotation derjenigen Pfarreien, welchen die jener Pfarreien einverleibt werden, erforderlich sind.
8. Die in Erledigungsfällen in der Regel einzuziehenden, das auf 1800 fl. bestimmte Maximum des Normalgehaltes eines Pfarrers übersteigenden Pfarreinkünfte.
9. Die von dem Sterbemonat bis zur Wiederbesetzung aller geistlichen Pfründen nach Abzug der Kosten für die interimistische Verwaltung überschiefsenden Intercalargefälle.
10. Einen jährlichen Zuschufs aus den Einkünften aller geistlichen Pfründen, die künftig vergeben werden, oder derjenigen, bei deren früheren Conferirung die künftige Abgabe an den zu constituirenden Centralkirchenfonds bereits ausdrücklich vorbehalten worden ist, und zwar im Ertrag der Pfründen bis zu Tausend Gulden von einem Procent und von Tausend Gulden und darüber von ein und einem halben Procent des ganzen inventariatsmäfsigen Einkommens. Dagegen fallen die früher bestandenen Abgaben unter der Benennung von Commende- und Investiturgeldern, *Cathedraticum, Mariaebornicum, subsidium charitativum, jucundus introitus, tristis exitus,* für die Zukunft gänzlich hinweg.

„einen eigenen diesen Zwecken ausschliefslich gewidmeten Kirchen-„fonds. Zum Behuf der Ausscheidung desselben vom Staatsgut . . . „wird eine Commission niedergesetzt.“ Die Ausscheidung ist jedoch, obschon die V. O. v. 30. Jan. 1830, § 39 dieses Versprechen wiederholte, bis heute noch nicht erfolgt, und dieser Kirchenfonds harrt daher hier noch seiner Entstehung.[1]

Hierher gehören auch die sog. Intercalarfonds,[2] deren Gründung bereits in den oben erwähnten „Grundzügen zu einer Vereinbarung über die Verhältnisse der kath. Kirche in teutschen Bundesstaaten“

---

11. Unter gleichmäfsiger Aufhebung des *nummus quinquagesimus* des *Ferdo* und der *Marca domini* werden aus den Verlassenschaften der Geistlichen einer Pfründe:

a)	der ersten Klasse	von	500	bis	750 fl.	. . . . .	25 fl.
b)	„ zweiten „	„	750	„	1000 fl.	. . . . .	50 fl.
c)	„ dritten „	„	1000	„	1200 fl.	. . . . .	75 fl.
d)	„ vierten „	„	1200	„	1500 fl.	. . . . .	120 fl.
e)	„ fünften „	„	1500	und darüber		. . . .	200 fl.

an den katholischen Centralkirchenfonds entrichtet, wenn demselben vom Erblasser nicht ein gröfseres Vermächtnifs hinterlassen worden ist. Wäre letzteres geschehen, so wird diese Abgabe nicht angesetzt.

12. Den Ersatz der aus diesem Centralkirchenfonds genossenen Unterstützungen von denjenigen, welche dem inländischen Kirchendienste sich entziehen.
13. Den Ertrag der den Geistlichen etwa angesetzten Disciplinargeldstrafen.
14. Den Ertrag von uns approbirter Schenkungen, Vermächtnisse und Stiftungen für diesen Fundus.
15. Den aus dem Verlag von Katechismen, Gesangbüchern u. s. w. sich ergebenden Gewinn.
16. Im Falle dafs durch diese Einnahmequellen die Bedürfnisse dieses Fundus nicht gedeckt werden können, soll ein nach den Umständen zu bestimmender Theil der jährlichen Rechnungsüberschüsse der Localkirchenfonds zu den Centralkirchenfonds fliefsen. Auch
17. behalten wir uns vor, bei dem sich noch etwa ergebenden Deficit noch weitere Einnahmen diesem Fundus aus dazu geeignet erkannten Quellen zu bewilligen oder einen Aufschlag auf sämmtliche katholische Kirchengemeinden zu dessen Deckung zu bewilligen.“

[1] Die Anstrengungen, welche in Württemberg katholischerseits für die „Ausscheidung des Kirchenguts“ gemacht wurden, sind beschrieben von Vogt (Archiv, 9, S. 37—69, insbesondere 42 ff., 45, 57 ff., 61—69.

[2] Es ist nicht zu rechtfertigen, wenn Mejer (K. R. 422) als das Subject der Intercalarfonds die »Landeskirchen« ansieht.

v. 30. April 1818 in Aussicht genommen ist,[1] nachdem schon am 30. Decbr. 1808 in Württemberg ein solcher errichtet worden war.[2] In der Diöcese Limburg sind die „Intercalargefälle“ nach dem soeben citirten Gründungsinstrument (N. 9) Theile des Centralkirchenfonds, in Bayern werden sie an andere Kirchenvermögensträger abgeliefert, und zwar bei Dompräbenden, Pfarr- und anderen Beneficien an die Kathedral-, Pfarr- und Localkirche, ausnahmsweise, wie in der Diöcese Speier und im Alt-Würzburger und Fuldaischen Diöcesantheil, an den Emeritenfonds. Auch in den Diöcesen München-Freising, Augsburg und Regensburg können subsidiär mit Curatelgenehmigung 3/4 der Intercalarfrüchte für den Emeritenfonds benutzt werden.[3] Ein *Décret impérial* vom 6. November 1813 bestimmte für das französische Rechtsgebiet im art. 24, dafs im Falle der Vacanz die Pfarrrevenuen des laufenden Jahres dem Erben des *„ancien titulaire“* gehören. Von da *(du jour de l'ouverture de la vacance)* bis zum Tag der *„nomination“* sind die Revenuen *„mis en reserve dans la caisse à trois chefs pour subvenir aux grosses réparations qui surviendront dans les bâtimens appartenant à la dotation.“* In Oesterreich fliefsen die Intercalareinkünfte dem sogenannten Religions- und Studienfonds zu.[4] Für das Königreich Sachsen hatte eine V. O. v. 14. April 1856 „die Ansammlung und Kapitalisirung solchen Einkommens zum Besten der Dotation der betreffenden geistlichen Stelle“ der nächsten Bestimmung der Pfarreinkünfte für entsprechender bezeichnet und angeordnet,

> „dafs das disponibel bleibende Vacanzeinkommen geistlicher
> „Stellen in der Regel und dafern nicht nach dem Ermessen
> „der Consistorialbehörden eine besondere dringende Ver-
> „anlassung vorliegt, eine andere Verwendung zu kirchlichen

[1] § 73 (Münch, 358): „Aus den Intercalargefällen aller erledigten geistlichen Stellen, ohne Ausnahme, soll ein besonderer Fonds errichtet werden.“ Dies geschah dann aber blofs in Baden (Archiv, IV. 754 u. VII. 131 ff.).

[2] Die nähere Regulirung erfolgte durch Verfügung des Königl. kath. Kirchenraths v. 10. Novbr. 1821, abgedruckt bei Lang, Sammlung, III. 682 ff. und Vogt, Sammlung, S. 217 ff.

[3] Silbernagl, Verfassung und Verwaltung sämmtlicher Religionsgenossenschaften in Bayern, 2. Aufl. 433.

[4] Vgl. Vering, K. R. 2. Aufl. 797.

„Zwecken eintreten zu lassen, lediglich zur Verbesserung „des Einkommens der betreffenden geistlichen Stelle verwendet und zinsbar angelegt werden soll.“[1]

Eine V. O. des evangelischen Landesconsistoriums vom 19. Januar 1878[2] schreibt aber die Bildung einer localen „Vacanzkasse“ vor, über deren Verwendung die Consistorialbehörde Bestimmung treffen darf, und der alsdann erst „verfügbar gebliebene Rest des Vacanzeinkommens wächst dem Substantialvermögen der Stelle zu“ (§ 11).

F. Die Eigenthumssubjectivität der **Domcapitel.**

§ 44.

Historische Entwicklung der Domcapitel.

Die Domcapitel haben sich aus den altkirchlichen Presbyterien und des weiteren aus den durch die *vita communis* verbundenen Congregationen des Kathedralclerus entwickelt.[3]

Schon die Apostel schufen zur Verwaltung des Vermögens, welches ihnen die Gläubigen freiwillig zutrugen,[4] und zur Mitberathung und Theilnahme an der Leitung der Gemeinden[5] den Diaconat und Presbyterat. Die den Aposteln nachfolgenden Bischöfe, welchen die selbständige Seelsorge eines mehr oder weniger festumgrenzten Bezirkes oblag, hatten ebenfalls einen solchen kirchlichen Beirath zur Seite, und das Concil von Antiochien (c. 11 u. 12) begreift

---

[1] G. u. V. O. Bl. 53, Codex des im Königr. Sachsen geltenden Kirchen- u. Schulrechts, 2. Aufl. 774.

[2] Codex, Supplementband 275 f.

[3] Thomassin, *vetus et nova ecclesiae disciplina circa beneficia I. 3, c. 2—10* und die folgenden Capitel. In der neueren Zeit, auf Thomassin'scher Grundlage, insbesondere Huller, Die jur. Persönlichkeit der kath. Domcapitel in Deutschland und ihre rechtliche Stellung 1860, S. 10—57. Diesem stimmt — neben Roſshirt, Archiv, 9, S. 138 — auch Gierke (III. 269) „im Ganzen“ zu. Vgl. auch Gierke, II. 538 f., I. 288 f. und die hierselbst N. 15 citirten Schriftsteller.

[4] Act. Apost. c. 6 v. 1—6.

[5] Act. Apost. c. 15 v. 2, 4, 6, 23; c. 16 v. 4; c. 20 v. 17, 28.

daher den *episcopus, presbyter* und *diaconus* unter der gemeinsamen Benennung *„qui praesunt Ecclesiae.“* Dieser berathende und mitverwaltende Senat hiefs *presbyterium.* Mit der Ausbreitung des Christenthums entstanden neben der bischöflichen Kathedrale als der bis dahin einzigen Diöcesankirche innerhalb der Bischofsstadt und besonders auf dem Lande viele neue Kirchen *(tituli),* zu deren Verwaltung der Bischof Presbyter entsandte, die wegen der Entfernung von der Stadt an den bischöflichen Berathungen nicht mehr Theil nehmen konnten und damit nicht mehr Mitglieder des Presbyteriums waren.

Durch das Beispiel des h. Augustinus,[1] Ambrosius,[2] Eusebius,[3] des Bischofs Baudius von Tours[4] und des Glaubenspredigers Augustinus,[5] besonders auch des Papstes Gregor des Grofsen,[6] ward unter den Weltgeistlichen, zumal am Sitz des Bischofs, ein gemeinsames Leben eingeführt, und so wurden die bischöflichen Presbyterien oder Rathscollegien clericale Congregationen, deren Mitglieder sich aller irdischen Güter vergaben und die strengste Enthaltsamkeit wie unbedingten Gehorsam gelobten. Bis zum 4. Jahrhundert war das gesammte Diöcesanvermögen eine einheitliche, noch nicht specialisirte Masse, und wurde durch den Bischof unter Mitwirkung des Presbyteriums verwaltet. Die alsdann erfolgte Viertheilung schuf vier Vermögensstationen, die *quarta episcopi, cleri, ecclesiae, pauperum.* Die *quarta clericorum,* welche in den clericalen Congregationen mit der Quarte des Bischofs eine Masse bildete, ist aber, wie wir sahen, noch in keiner Weise nach der Art der später entstandenen Beneficien zu verstehen, vielmehr hatte der Bischof vor wie nach die ausschliefsliche Vertretung und der einzelne Cleriker nur einen Forderungsanspruch. Die Viertheilung schuf überhaupt keine neuen Rechtssubjecte, sondern bestimmte

---

[1] *ep. 59 ad Paulin. ep. 64 ad Aurel. ep. 73 ad Possid. ep. 69. de div. serm. 49 u. 50. serm. 3. de communi vita cleric. (c. 11, C. 12 q. 1).* Ferner Possidius, *vita S. Augustini c. 5.*

[2] *August. confess. lib. VIII. c. 6.*

[3] *Ambros. ep. 82 serm. 69.*

[4] Gregor v. Tours, *hist. I. 10.*

[5] Beda, *lib. I. c. 27; lib. IV. c. 1, 3; c. 8, C. 12 q. 1.*

[6] Joann. Diaconus, *lib. II. c. 11 u. c. 8, C. 12 q. 1.*

nur die Art der Verwendung, war also nur eine Beschränkung der bischöflichen Verwaltungsbefugnisse. Daraus folgt, daſs die Presbyterien keine Personen waren. Die Clericalquarten der Presbyterien waren keine selbständigen Vermögenscomplexe, als deren Rechtsträger die Personeneinheit der Presbyter oder ein Anstaltswille hätte gelten können, vielmehr war der Bischof der alleinige und selbständige Vertreter dieses bloſs aus Verwaltungsrücksichten abgesonderten Vermögens, aus welchem er jedem Cleriker einen im Allgemeinen forderungsrechtlich zustehenden, im Uebrigen aber einseitig bestimmten Theil aushändigte. In gewissen Fällen allerdings, z. B. in der *Congregatio Augustini* und in den derselben nachgebildeten Vereinigungen, bildete sich infolge der statutarischen Vermögensentäuſserung der Presbyter, also nicht aus Kircheneinkünften, ein besonderes Vermögen, das dann aber nur als Societätsgut oder Gemeingut aller vorhandenen Cleriker aufzufassen ist, welchen das Eigenthum *pro rata* zustand.[1] Die alten Presbyterien waren auf dem Privatrechtsgebiet keine Rechtssubjecte mit eigenem Vermögen, selbständiger Vertretung und Verwaltung, und in öffentlich-rechtlicher Hinsicht überhaupt keine Einheit, sondern die nicht besonders organisirte Summe der den Bischof berathenden und unterstützenden Cleriker.

§ 45.

Fortsetzung.

Das Presbyterialinstitut wurde mit der Einführung des Christenthums in Deutschland aufgenommen und durch Chrodegang, Bischof von Metz, sowie das Aachener Concil kirchlich vertieft. Im J. 760 entwarf jener nach der Regel des h. Benedict eine besonders strenge

---

[1] *Aug. serm. 3 de comm. vit. cler.* (c. 11, C. 12 q. 1): *„Non dicatis aliquid proprium, sed sint vobis omnia communia.“ De div. sermon. 49, 50: „Ecce quomodo vivimus: Nulli licet in societate nostra habere aliquid proprium. — Nostis, sic nos vivere in ea domo, quae dicitur domus episcopi, ut quantum possumus, imitemur eos sanctos, de quibus loquitur liber actuum apostolorum, nemo dicebat aliquid proprium, sed erant illis omnia communia. Noverit charitas vestra, ut quicunque habet aliquid, vendat et eroget aut commune illud faciat. Ecce in conspectu Dei et vestro muto consilium. Qui volunt habere aliquid proprium; quibus non sufficit Deus et ecclesia sua, maneant ubi volunt et ubi possunt, non eis aufero clericatum. Modo quia placuit illis socialis haec*

Regel, die sich von derjenigen des h. Augustinus nur durch das Fehlen des Armuthsgelübdes unterschied.[1] Diese zunächst nur für den Kathedralclerus von Metz verfaſste Regel oder Canon ward durch Pipin und Carl den Groſsen bei vielen Kirchen in Anwendung gebracht, und das Concil von Aachen (817) beschloſs, einen von Amalarius, einem Schüler Chrodegangs, gefertigten Auszug allenthalben einzuführen.[2] So bildeten sich nicht bloſs an den bischöflichen, sondern an allen anderen Kirchen, wo mehrere Cleriker amtirten, Congregationen, und es entstanden so neben den Kathedral- oder Domcapiteln auch Collegiatcapitel.[3]

Die Domcapitel, welche ganz die Amtsthätigkeit der alten Presbyterien überkommen hatten, unterschieden sich von diesen

---

vita, quisquis cum hypocrisi vixerit, quisquis inventus fuerit habens proprium, non illi permitto, ut inde faciat testamentum, sed deleo eum de tabula clericorum. — Ecce dico audite: Qui societatem communis vitae jam susceptam, quae laudatur in actibus apostolorum, deserit ac voto suo cadit, a professione sancta deficit . . . Nemo det byrrhum vel lineam tunicam seu aliquid nisi in commune; de communi accipiam mihi ipsi, cum sciam commune me habere velle, quidquid habeo.“

[1] *Paul. Diaconus in fragm. de episc. Metens.* bei Duchesn. tom. II. *hist. Franc.* Auszugsweise bei J. H. Böhmer, *Jus eccl. protest.* tom. II. l. 3, t. 1, § 2 u. 13. Die *regula Chrodegangi* ist abgedruckt bei Harduin (*conc.* tom. IV. p. 1181 und Mansi, *conc.* tom. XIV coll. 313).

[2] *Ademarus Chabannensis* bei Philippus Labeus, tom. II. biblioth. nov. p. 158. Binterim, die vorzügl. Denkwürdigkeiten III. (2) p. 334. Huller 26.

[3] Ueber den Ursprung des Terminus Capitel vgl. Goldastus, *in rebus Alemann.* tom. I. p. 200, Cuchus, *Institut* l. 2, c. 9 n. 1. Schuberth, *dissert. de orig. et cond. eccles. colleg. § 14.* Mayer, *Thes. J. E. I. p. 175.* Huller, jur. Persönlichkeit 29. Letzterer vertritt die Ansicht, welcher wir beipflichten, daſs die fast tägliche Versammlung zum *capitulum*, d. h. zu den Betrachtungen und Gebetsübungen diese Benennung veranlaſst hat. Den Namen Canoniker führten in der alten Kirche diejenigen, welche in das *matriculum* oder den *canon* einer Kirche eingetragen waren, im Gegensatz zu den Geistlichen an Privatoratorien: *Conc. Avern. a. 535 c. 15: „Si quis ex presbyteris aut diaconis, qui neque in civitate neque in parochiis canonicus esse dignoscitur, sed in villulis habitans, in officio sancto deserviens celebrat divina mysteria, festivitates praecipuas . . . nullatenus nisi cum episcopo in civitate teneat.“* In dieser Periode heiſsen Canoniker diejenigen Cleriker, welche nach dem *canon Chrodegangi* leben. J. H. Böhmer, *jus eccl. prot.* tom. II. l. 3, t. 1 § 8 u. 16. Thomassin, *vet. et nov. eccl. discipl.* tom. I. l. 3, c. 9 n. 1 u. 2. Alzog, Kirchengesch. § 168. Huller, 18 u. 27. Ueber eine andere Bedeutung vergl. II. 166.

nunmehr in drei Punkten: durch die schon erwähnte Freiheit von der Armuthsverpflichtung, ihre ganz allgemeine Verbreitung und durch die Absonderung des Domclerus von der ganzen übrigen Geistlichkeit. Bei der sich fortwährend steigernden Zahl der Geistlichen wäre es ja auch unsinnig gewesen, ein Rathscollegium aus allen Clerikern oder auch nur aus der gesammten Stadtgeistlichkeit zu bilden.

Mit der Entwicklung des Begriffes der Pfarrkirche bildete sich nach und nach der Grundsatz, dafs der Bischof für jede Kirche bestimmte Güter aussonderte, die als feste Dotirung den Charakter von Stiftungen oder Fonds erhielten. Diese Sitte bürgerte sich, wenn auch erst später, bei den Kathedralkirchen ein. Nun hatten die Domcapitel ein eigenes Vermögen, das durch fast zahllose *donationes inter vivos et mortis causa,* insbesondere auch von Seiten der Regenten, immer gröfsere Ausdehnung gewann. Freilich führte der Bischof, der in dieser Periode immer noch das Haupt des Capitels ist, die Verwaltung, sei es persönlich oder, wie es meistens der Fall war, durch den Archidiacon oder Probst. Der Unterschied gegen die frühere Zeit liegt darin, dafs durch die Ueberantwortung der ganzen Clericalquarte an die jeweiligen Capitel und durch fortwährende, sich unmittelbar an das Capitel richtende Liberalitätsacte die Capitel ein eigenes und selbständiges Vermögen erhielten, und dafs dessen Rechtssubject nunmehr im Capitel selbst zu suchen ist: der Stationscharakter ist verschwunden, und eine besondere Rechtsträgerschaft ist an dessen Stelle getreten. Diese Rechtssubjectivität der Domcapitel können wir aber nach unseren heutigen Begriffen noch nicht als Corporation begreifen, da eine selbständige Verwaltung durch die Capitularen noch nicht eingerichtet ist, diese vielmehr *quoad ius* noch ausschliefslich in den Händen des Bischofs liegt. Wir fassen daher die Privatrechtssubjectivität der Domcapitel für diese Zeit in Uebereinstimmung mit Huller[1] als Anstalt oder Stiftung auf, wenn die Domcapitel in der damaligen Zeit, welche den Stiftungsbegriff noch nicht klar entwickelt hatte, auch unter corporativen Benennungen erscheinen.

---

[1] S. 41. Anders offenbar Brinz, Pand. II. 1057.

Von der zweiten Hälfte des 10. Jahrhunderts an bereitet sich eine weitere Veränderung vor. Die apostolische Einfachheit und der Sinn für ein entbehrungsreiches, gemeinsames Leben verschwand. Trier ging voran in der Auflösung der *vita communis*, Mainz, Worms, Speyer und viele andere Capitel folgten nach,[1] und den anerkennungswerthen Bestrebungen der Päpste Nicolaus II. und Alexander II.[2] gelang es nicht mehr, den Sinn der Geistlichkeit dauernd in ernstere Bahnen zurückzuweisen. In Salzburg, Hildesheim, Köln, Freisingen und Bamberg[3] erhielt sich das canonische Leben noch bis zum 13. Jahrhundert, von da ab jedoch gehört das ganze Institut der Vergangenheit an. Der alte Canon war vergessen, den ehrenden Titel Canoniker jedoch führte man weiter, die *fratres* wurden *domini,* und nunmehr heifsen sie Domherrn.

Die Viertheilung des Kirchenvermögens kam in dieser Periode nicht mehr vor. Die Domcapitel haben jetzt ganz allgemein ihr eigenes und selbständiges Vermögen, das durch die wahrhaft verschwenderischen Schenkungen der Grofsen sich nach und nach derart vermehrte, dafs die Stifts- und Capitelsstellen von da an nicht selten vielumworbene Sinecuren für Adelige wurden. Und wenn vor der Auflösung des gemeinsamen Lebens die freie Verwaltung des Capitelsvermögens durch das Capitel selbst nur vereinzelt vorkam,[4] so war dies jetzt allgemein und selbstverständlich. Die Domcapitel stehen nunmehr als geschlossene, unabhängige und organisirte Einheit dem Bischof gegenüber, der nicht mehr das Haupt des Capitels ist, und führen mit demselben nicht selten

---

[1] Trithemius, *chronic. Hirsaugiens. ad. ann. 977: „Anno isto moritur archiepiscopus Trevirensis, sub quo canonici maioris ecclesiae ibidem abiecta regulari vita, quam hucusque in eadem ecclesia maiores eorum continuaverant, desierunt esse regulares, et facti sunt nomine et conversatione seculares. Quorum exemplo malo canonici quoque S. Paulini Trevirenses et S. Castoris in Confluentia, Moguntinenses et Wormatienses et complurium aliarum ecclesiarum, diversis quidem temporibus, sed uno impietatis spiritu, regularem vitam abiecerunt.“*

[2] *Con. Lateran. a. 1059 et 1063* bei Huller 43 N. 4.

[3] Vgl. die bei Huller, 44 N. 5 angegebenen Schriften.

[4] Gunther, Erzbischof v. Köln, hatte hierin zuerst dem Petitionssturm der Canoniker nachgegeben. Vgl. Binterim, Denkwürdigkeiten III. (2) p. 275 und Huller 47.

erbitterte Kämpfe. Vielfach besitzt das Capitel aber auch nur mit seinem Bischof Persönlichkeit. So sagt die Gl. zu c. 14 X. 5, 31 v. *unum corpus: „episcopus cum capitulo suo facit unum corpus, cuius ipse est caput.“* Die Domcapitel finden verfassungsmäfsige Aufnahme in die Hierarchie, Selbständigkeit in der Besorgung ihrer Angelegenheiten, Theilnahme an den Regierungsgeschäften und haben während der Sedisvacanz sogar die Verwaltung der Diöcese. Sie sind von jetzt an Corporationen, sowohl in öffentlich-rechtlicher als privatrechtlicher Beziehung. Wenn Huller[1] schon aus dem Umstand, dafs die Decretalen die Domcapitel *universitas* nennen,[2] die Corporationsqualität derselben für erwiesen hält, so möchten wir uns dieser Ansicht mit Rücksicht darauf, dafs die juristische Technik sowohl eine *universitas personarum* als *rerum* kennt, wie ja auch das doch gewifs zur Bezeichnung der Körperschaftlichkeit geeignete *corpus* in der Verbindung *„pium corpus“* die stehende Bezeichnung für Stiftung ist, nicht anschliefsen. Die Domcapitel sind Corporationen durch die Macht der Entwicklung und von dem Gesetz als solche anerkannt. Die Institution der Presbyterien und später der Kathedralcongregationen beruhte von vornherein auf einem anstaltlichen Grundgedanken. Sobald diese Anstalt jedoch infolge einer Neuregelung der Vertretungs- und Verwaltungsrechte in organischen Zusammenhang mit der jeweiligen collegialischen Einheit der Capitulare gebracht war, war sie eine Personenanstalt, eine Corporation,[3] und damit erschien, zunächst in der Rechtsanschauung und dann auch in Wirklichkeit, der abstract-anstaltliche Willensträger ersetzt durch den in die Anstalt gebannten in und mit ihrer Existenz gegebenen collectivistischen Personenwillen. Ganz dieselbe Entwicklung können wir bei den Elendsgilden, Hospital- und Handwerksbruderschaften verfolgen.

---

[1] S. 56.

[2] Z. B. c. 8, c. 9, c. 14 X. 3, 4. Coelestin III., Innocenz III., Honorius III. In c. 14 X. 5, 31 (Honorius III) werden sie *„corpus“* genannt.

[3] Derselbe Gedanke liegt den Worten Dernburgs zu Grunde: „Inbesondere erscheinen uns die Repräsentanten und Beamten der Corporation nicht wie fremde Stellvertreter; sie sind die Organe der Corporation, durch welche diese in den Verkehr eingreift“ (Preufs. Privatr. 1884, I. 104). Hieraus folgt beispielsweise, dafs die Corporation einen unredlichen Besitz haben kann, die Stiftung aber nicht.

Die Persönlichkeit, und zwar der Corporationscharakter, der Domcapitel steht von jetzt an aufser allem Zweifel,[1] ebenso diejenige der Collegiatstifte,[2] sie ging auch nicht verloren, als die fortschreitende Specialisirung des Kirchenvermögens zur Errichtung von selbständigen Capitelspfründen führte. Man darf nicht mit Huller und Poschinger[3] annehmen, dafs die „Theilung der Capitelsgüter," wo sie überhaupt stattfand, immer „nur *quoad fructus,* nicht *quoad dominium*" stattgefunden habe. Die Ausscheidung erfolgte vielmehr sehr oft nur in Rücksicht des Eigenthums, freilich nicht für „die einzelnen Canoniker," sondern die neu geschaffenen selbstständigen Präbenden oder Fonds, und von einem „Zurückfallen" der Präbende „an das Capitel" nach dem Tode des jeweiligen innehabenden Canonikers kann keine Rede sein. Der Grund dieser Theilung, wie überhaupt der Specialisirung des Kirchenguts, war die möglichst bestimmte und sichere Regelung der Vermögensverwendung; für die nicht specialisirten Zwecke trat stets das zurückbleibende, vielfach unbedeutende Stammvermögen ein, in dessen Rechtsträger die Ursprungspersönlichkeit fortlebte. So mufs auch Huller[4] zugeben, dafs „nicht das gesammte Capitelsvermögen," sondern „nur ein Theil" für die Präbenden ausgeschieden wurde, und die Capitel auch nach der Vertheilung mit Zuwendungen der mannigfachsten Art bedacht wurden: demgemäfs besitzt nach wie vor auch

---

[1] Huller, 56, 85; Gierke, I. 288 f., II. 538 f., III. 269; Rofshirt (jun.) Archiv, IX. 131; der Recensent im Archiv, 15, S. 149 N. 1; Roth - Meibom, Kurh. Privatr. 242; Gitzler, Preufs. K. R. 311 f.; Silbernagl, Lehrb. 296; Vering, Lehrb. (2. Aufl.), 577; Phillips, Lehrb. 1881, S. 320. Diese Frage behandeln auch: Gehring, die kath. Domcapitel Deutschlands, 1851, Bouix, *tractatus de capitulis,* 1852, Allioli, die jur. Persönlichkeit der durch das Concordat v. 24. Octbr. 1817 in Bayern neu errichteten erzb. u. bischöfl. Domcapitel in privatrechtl. Beziehung 1868. Ferner die bei Gierke, I. 289 N. 15 cit.: Thomassin, Planck, Gieseler, Raumer, Eichhorn, Böhmer, Schmalz, Walter, Richter, Schulte.

[2] So wurde durch die Bulle *provida solersque* (Münch., II. 252 u. 262) das Domcapitel in Aachen in ein Collegiatstift verwandelt. In der Erzdiöcese München-Freising allein giebt es drei Collegiatstifte: St. Cajetan in München, zu Laufen und Tittmoning.

[3] S. 123. Dieser führt aus, die fragliche Theilung habe „höchstens einen administrativen Charakter" gehabt.

[4] S. 55.

dort, wo selbständige Capitelspfründen errichtet wurden, das Capitel noch Rechtsfähigkeit, wie auch die Rechtssubjectivität der Localkirche resp. Localkirchenfabrik durch die Entstehung der Beneficien keine Einbufse erlitt.

§ 46.

Das geltende Recht.

Die öffentlich-rechtliche Befugnissphäre der Domcapitel erfuhr noch recht erhebliche Veränderungen, und die Abgrenzung derselben erfolgte oft in verschiedener Weise.[1] Dabei bleibt aber der Zusammenhang mit der Vergangenheit vollauf gewahrt. So hatte das „Formular des Fundationsinstruments“ in N. 9 folgenden Grundsatz für alle deutschen Domcapitel aufgestellt: „Das Domcapitel der Kathedralkirche tritt in den vollen Wirkungskreis der alten Presbyterien, und bildet unter dem Bischof die oberste Verwaltungsbehörde der Diöcesen.“[2] Auch die Persönlichkeit der Domcapitel ist feststehend und bleibt unbezweifelt, und selbst der Reichsdeputationshauptschlufs v. 25. Febr. 1803 hat an diesem Grundsatz nichts mehr geändert. Der § 34 bestimmte zwar: „Alle Güter „der Domcapitel und ihrer Dignitarier werden den Domänen der „Bischöfe einverleibt und gehen mit den Bisthümern auf diejenigen „Fürsten über, denen diese angewiesen sind,“ und § 61: „Die Regalien, bischöflichen Domänen, Domcapitel'schen Besitzungen und Einkünfte fallen dem neuen Landesherrn zu.“ Hierdurch wurden

---

[1] In Deutschland wurden sie durch das ihnen garantirte Recht der Bischofswahl und andere hervorragende Diöcesanverwaltungsrechte organische Bestandtheile der Kirche, in Frankreich blieb die Errichtung der Domcapitel facultativ: Concordat v. 10. Septbr. 1801 art. 11: „*Les évêques pourront avoir un chapitre dans leur cathédrale et un séminaire pour leur diocèse, sans que le gouvernement s'oblige à les doter.*“ Die zum Concordat erlassenen organischen Artikel treffen hierin sogar noch bestimmte Einschränkungen: art. 11: „*Les archevêques et les évêques pourront — avec l'autorisation du gouvernement — établir dans leurs diocèses des chapitres cathédraux et des séminaires.*“ *art 35:* „*Les archevêques et les évêques, qui voudront user de la faculté, qui leur est donnée d'établir des chapitres, ne pourront le faire sans avoir rapporté l'autorisation du gouvernement, tant pour l'établissement lui-même que pour le nombre et le choix des ecclésiastiques destinés à les former.*“

[2] Münch, Vollst. Sammlung aller ältern und neuern Concordate,. II 336.

jedoch die Bisthümer wie Domcapitel nur ihres Vermögens, nicht aber ihrer Rechtsfähigkeit und noch weniger ihrer Existenz beraubt. Bestimmt doch der § 62 ausdrücklich: „Die Erz- und Bischöf-„lichen Diöcesen verbleiben in ihrem bisherigen Zustande, bis eine „andere Diöcesaneinrichtung auf reichsgesetzliche Art getroffen sein „wird, wovon dann auch die Einrichtung der künftigen Domcapitel „abhängt.“ [1] Die fortlebende Privatrechtsfähigkeit der Domcapitel erhellt aber vorzüglich aus den §§ 69, 70, 71, 72, wo der Unterhalt der Domcapitel zu Köln und Trier im Besonderen und der übrigen Domcapitel im Allgemeinen bestimmt wird. Da aber die Sustentationsgelder karg oder gar nicht ausgezahlt wurden, stellten die Capitel vielfach ihre Wirksamkeit ein und lösten sich so unter der stillschweigenden Anerkennung der Landesherrn, welche durch die Auflösung am wenigsten an ihre Verpflichtungen erinnert wurden, auf. Aus dem Jahre 1808 ist uns ein klares Zeugnifs für die Eigenthumssubjectivität der Domcapitel bekannt. Der Erzbischof von Regensburg und Fürst-Primas des rheinischen Bundes Karl v. Dahlberg fühlte sich verpflichtet, „dafür zu sorgen, „dafs noch nach seinem tödtlichen Eintritt derjenige Theil seines „Metropolitancapitels, welcher in Regensburg residirte, mit Sicherheit, „Anstand und Würde, nach dem Geist der katholischen Kirchen-„verfassung fortbestehe,“ und bestimmte deshalb: „In dieser Hin-„sicht ertheilen Wir demselben als sein Grundeigenthum die-„jenigen Güter, Gilten, Zehenden, Rechte und Gefälle (desgleichen „auch diejenigen Häuser, über welche Wir noch nicht disponirt „haben) welche das Regensburger ehemalige Kathedral- nunmehrige „Theil des Metropolitan-Kapitels von ältern Zeiten her besessen „hat, und dessen Eigenthum Uns durch den Reichsschlufs von „1803 zugetheilt worden.“ [2]

Der Reichsdeputationshauptschlufs hatte eine Neuregulirung der kirchlichen Verhältnisse in Aussicht gestellt, und die schon auf dem

---

[1] Bezüglich des letzten Beisatzes macht Huller die richtige Bemerkung: Der Ausdruck „künftige Domcapitel“ ist nicht im Gegensatz zu den „nicht bestehenden,“ sondern im Gegensatz zu den „durch die Säcularisation veränderten und ihres Vermögens entkleideten, aber in ihrer kirchlichen Wirksamkeit noch fortbestehenden“ Domcapitel zu nehmen.

[2] Münch, Vollst. Sammlung aller ältern und neuern Concordate, II. 217.

Wiener Congreſs begonnenen und auf dem Frankfurter Bundestag fortgesetzten Verhandlungen führten zu den Concordaten zwischen dem Päpstlichen Stuhle einerseits und Bayern (1817), Preuſsen und den Fürsten der oberrheinischen Kirchenprovinz (1821 und 1827), Hannover (1824), Oesterreich (1855) und Württemberg (1857) andererseits. Sämmtliche Domcapitel sollen hiernach mit ständigen Fonds hinreichend dotirt, und aus dieser Dotationsrente den einzelnen Capitularen eine jährliche Summe ausbezahlt werden, welche bis zur erfolgten Dotation aus der Staatskasse zu entnehmen ist. So heiſst es beispielsweise in der Bulle „*De salute animarum*“: „*Metropolitanae Ecclesiae Coloniensis Capitulum dotabitur in annua Summa pro Praeposito etc.*“ Die Bulle „*Impensa Romanorum*“ stellt die „*Capitulorum anterioria iura, privilegia ac praerogativas*“ mit denjenigen der „*praedictarum Ecclesiarum*“ unter denselben rechtlichen Gesichtspunkt,[1] und das bayrische Concordat bestimmt im art. IV. nach Regelung der Rechtsverhältnisse der bischöflichen Tafeln: „*simili bonorum genere et administrationis iure gaudebunt capitula Metropolitanarum et Cathedralium Ecclesiarum.*“ Die Privatrechtspersönlichkeit der bayr. Domcapitel wurde denn auch durch ein O. A. G. E. v. 4. 8. 68 anerkannt.[2] Auch die Bulle „*Provida*

---

[1] *Ad huiusmodi autem redditus constituendos praefatus rex spopondit intra quadriennium a data praesentium numerandum tot fundos, ac bona stabilia, decimas, et census reales iisdem episcopo et capitulo ea qua singulis par est quantitate, se traditurum, quot praedictis annuis adsignatis redditibus ab omni cuiuscunque generis onere prorsus liberis et immunibus respondeant, ita tamen, ut antea per infrascriptum harum litterarum executorem apostolicae sedis iudicio subiciantur, quo accurato perpenso necessariam ab ipso adprobationem nanciscantur. Interea vero, donec isthaec reddituum adsignatio in fundis ac bonis stabilibus, decimis, censibusque realibus locum habeat, memoratae summae episcopo et capitulo a thesauro regio quotannis in pecunia numerata integre ac libere erunt persolvendae. Quod vero spectat ecclesiam Osnabrugensem, quoniam praesentes rerum circumstantiae utramque ecclesiam dotari posse non sinunt, nova ipsius Osnabrugensis episcopalis mensae, capituli ac seminarii dotatio suspensa perstet, usque dum necessaria ad id suppetant media, quo casu in fundis, bonis stabilibus, decimis, censibusque realibus erit perficienda.*“

[2] Blätter für Rechtsanwendung, XXXIII. 327. Vgl. auch v. Allioli, die jur. Persönlichkeit der durch das Concordat v. 24. Octbr. 1817 in Bayern neu errichteten Erzbischöflich. u. Bischöfl. Domcapitel 1868. Roth, bayr. Civilr., I. 230; Silbernagl, Verfassung und Verwaltung, 51; Schulte, jur. Persönlichkeit, 77.

solersque (1821) schliefslich bestimmt für die oberrheinische Kirchenprovinz „*Joanni B. de Keller . . . mandamus, ut ad capitulorum in bonis fundisque stabilibus aliisque redditibus cum iure hypothecae specialis, et in fundos post modum ac bona stabilia convertendis ab iis in proprietate possidendis et administrandis, respectivam dotationem procedat.*“

Die hier in Aussicht gestellte Capitelsfundirung wurde für Limburg durch die Herzogl. Nassauische Bisthumsdotationsurkunde v. 8. December 1827 vollzogen, die Verwaltung des gesammten Dotationsvermögens merkwürdiger Weise jedoch der herzoglichen Landesregierung übergeben. Für Rottenburg ist diese Absonderung heute noch nicht vollzogen, obschon bereits die Württembergische Verfassungsurkunde v. 25. September 1819 § 82 eine Verselbständigung des Kirchenvermögens durch Ausscheidung desselben aus dem Staatsgut in Aussicht gestellt hat, und schon auf dem Landtage von 1820 zu diesem Zwecke eine Commission eingesetzt wurde, die auch alsbald zwei Berichte erstattet hat. [1] Die Ausgaben der kath. Kirche werden hier heute noch zum gröfsten Theil aus der Staatskasse bestritten, [2] und die Praestationen für das Bisthum und seine wesentlichen Institute, besonders auch das Domcapitel, dem nach Ziffer 8 des Fundationsinstruments v. 14. Mai 1828 und § 21 der Königl. Verordnung vom 30. Januar 1830 der volle Wirkungskreis der Presbyterien überwiesen ist, [3] erfahren nur insofern eine besondere Behandlung, als diese auf den Cameralämtern von Rottenburg und Horb radicirt sind. [4] Die Verwaltung dieser Dotation ist übrigens nach der Beilage C. zum Fundationsinstrument v. 14. Mai 1828 dem bischöflichen Ordinariat übertragen. Nach alledem müssen wir sagen: Capitel, welchen die *possessio in pro-*

[1] Golther, der Staat und die kath. Kirche 1874, S. 59, 93.

[2] Das Dotationsinstrument des Bisthums Rottenburg (Samml. der Württemb. Kirchengesetze [Lang] III 1067 ff.) bestimmt für das Bisthum neben den sub. 3 bezeichneten „jährlichen Einkünften“ auch in N. 1 u. 2 Dotationen „an Gebäuden“ und „liegenden Gründen“.

[3] Sammlung, III. 1072 u. 985. Letztere V. O. wurde in allen zur oberrheinischen Kirchenprovinz gehörenden Ländern erlassen und ist aus dem Frankfurter Formular des Fundationsinstruments N. 9 wörtlich herübergenommen.

[4] Sammlung, III. 1070.

prietate zusteht oder in Aussicht gestellt ist, haben zweifellos auch Vermögensfähigkeit, und man kann diese nach der ganzen Entwicklung und Verfassung der Capitel nur als Privatrechtssubjectivität, als Persönlichkeit auffassen.

Soweit wir sehen, wurde die Persönlichkeit der Domcapitel zwei Mal ernstlich in Zweifel gezogen, und zwar gebührt wiederum Nassau das zweifelhafte Verdienst, hierin den Reigen eröffnet zu haben.

Die Landoberschultheifserei zu Limburg weigerte sich nämlich im J. 1862, das Domcapitel daselbst als Steigerer einer Liegenschaft in das Stockbuch einzutragen, weil dasselbe keine Corporationsrechte besitze. Auf die deshalb erhobene Beschwerde ordnete allerdings das Amt Limburg am 19. Mai 1862 den Eintrag an, dagegen erliefs das Hof- und Appellationsgericht zu Dillenburg als Aufsichtsbehörde in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit am 9. Septbr. 1862 folgende Verfügung: „Da bei der Errichtung des „Bisthums Limburg dem Domcapitel desselben eine besondere juri„stische Persönlichkeit nicht ausdrücklich beigelegt worden, die „Ertheilung einer solchen auch nicht aus den ihm ertheilten Be„fugnissen, sowie dem im § 21 der Verordnung vom 30. Januar „1830 bezeichneten Wirkungskreise des Capitels zu folgern ist, so „haben wir die gegentheilige Entscheidung des herzogl. Amtes vom „19. Mai l. J. aufgehoben."

Also wieder der alte Fehler: weil angeblich an einer Gesetzesstelle über die Persönlichkeitsnatur des Domcapitels nichts verlautet, fehlt dieselbe: können denn nicht andere Stellen dieselbe bezeugen! Und wäre diese Ueberlegung denn nicht auch bezüglich des Bisthums mafsgebend, dessen Rechtsfähigkeit doch dasselbe Gericht kaum einige Monate vorher (16. April 1862) endlich anerkannt hatte! Und ist es denn nicht ein handgreiflicher Widerspruch, einerseits ein durch die Dotationsurkunde dem Domcapitel zustehendes wirkliches Forderungsrecht anerkennen, andererseits aber ihm die Vermögensfähigkeit aberkennen zu wollen! Rofshirt hat infolgedessen die appellationsgerichtliche Verfügung einer scharfen Kritik unterzogen [1] und in der Aufstellung folgender Sätze den

[1] Archiv 9, S. 131—149.

richtigen Weg gezeigt: „Im Herzogthum Nassau gilt in privat-„rechtlicher Beziehung . . . das gemeine deutsche Recht . . . Nach „letzterem sind die Domcapitel vermögensfähige juristische Persön-„lichkeiten, Corporationen. Somit ist ein im Herzogthum Nassau „rechtlich bestehendes Domcapitel ohne Weiteres für vermögens-„fähig zu erachten."

Einige Jahre später wurde noch einmal durch ein (bayrisches) Gericht die Rechtspersönlichkeit der Domcapitel, speciell diejenige des bischöflichen Domcapitels zu Augsburg, geleugnet. Hiergegen wandte sich aber alsbald die Schrift von Allioli „die juristische „Persönlichkeit der durch das Concordat v. 24. Octbr. 1817 in „Bayern neu errichteten erzbischöflichen und bischöflichen Dom-„capitel in privatrechtlicher Beziehung 1868." Wir hegen die Hoffnung, dafs in Zukunft die Rechtsfähigkeit der Domcapitel nicht mehr bestritten wird.

Fortsetzung: **Das bischöfliche Ordinariat.**

§ 47.

Allgemeines.

Die in früheren Zeiten unerörtert gebliebene Frage der Persönlichkeit der bischöflichen Ordinariate bekam in den 60er Jahren eine grofse praktische Bedeutung. Der im Jahre 1864 verstorbene Konrad Kapfer, Stadtkirchner in Bamberg, hatte das Erzbischöfliche Ordinariat Bamberg zu seinem Universalerben eingesetzt. [1]

---

[1] Die entscheidenden Worte lauten: „Zu meinem Haupterben ernenne und schreibe ich das Hochwürdigste Erzbischöfliche Ordinariat Bamberg zur Begründung eines katholischen Missionsfonds. Nach Deckung aller Auslagen und Hinauszahlung aller Legate soll meine Hinterlassenschaft vom Hochwürdigsten Erzbischöflichen Ordinariat Bamberg in Empfang genommen und verwaltet werden. Der Zweck des Missionsfondes ist die Begründung und Unterhaltung von katholischen Seelsorgerstellen in protestantischen Gegenden." Das Oberappellationsgerichtserkenntnifs ist abgedruckt in den Blättern für Rechtsanwendung XXXII. 280. Der Fall ist mitgetheilt im Bamberger Pastoralblatt 1868

Die Verwandten des Verstorbenen, der geheime Kriegsministerial-secretär Joach. Wirthmann und Consorten, fochten das Testament wegen Mangels der Erbfähigkeit des eingesetzten Erben an und beantragten Eröffnung der Intestaterbfolge. Diesem Antrag entsprechend entschieden denn auch in drei Instanzen: das Bezirksgericht und das Appellationsgericht zu Bamberg sowie das Oberappellationsgericht zu München. Diese Urtheilssprechung hat in Schulte einen entschiedenen Gegner gefunden, während Hirschel, dem sich Vering anschliefst,[1] gegen Schulte die Erbeinsetzung eines Ordinariats allerdings für ungültig hält, dagegen die Verfügung des Erblassers zum Zwecke der Stiftung eines Missionsfonds, also als Verfügung zu Gunsten eines *pium corpus* aufrecht erhalten will.

Wir stehen auf dem Standpunkte der gerichtlichen Erkenntnisse und haben zur Begründung unserer Auffassung folgende Fragen zu prüfen:

1. Sind die bischöflichen Ordinariate besondere Personen?
2. Im Fall der Verneinung: ist die Bezeichnung »Ordinariat« der Ausdruck für eine unter einem anderen Namen bekannte Person?
3. Im Falle der Verneinung: ist das Testament nicht trotzdem aufrecht zu halten?

§ 48.

1. Sind die bischöflichen Ordinariate Personen?

Die Entscheidungsgründe des Bezirksgerichts Bamberg besagen, dafs von klägerischer Seite die Nichtigkeit des Testaments behauptet wurde, „weil dem eingesetzten Erben die passive Testamentsfähigkeit „fehle, indem dem genannten erzbischöflichen Ordinariate die Eigen„schaft einer juristischen Person nicht beigelegt werden könne, „und dasselbe in Ermangelung einer besonderen Verleihung nicht

N. 9, Archiv f. kath. K. R. 20, S. 119 ff. und ausführlich erörtert von Schulte, die jur. Persönlichkeit, 175—215, und von Hirschel, Archiv f. K. K. R. 27, S. 1—42.

[1] Lehrb. des K. R. 2. Aufl., 592 N. 18.

„successionsfähig sei.[1]“ Nach ebendenselben Entscheidungsgründen behauptet dagegen das beklagte Ordinariat, „dafs den öffentlichen „Stellen und Behörden des Staates sowohl als der Kirche, folglich „auch dem erzbischöflichen Ordinariate allerdings die Eigenschaft „einer juristischen Person zukomme.“

Die bischöflichen Ordinariate sind keine juristische Personen.

Der Generalvicar ist der Gehülfe des Bischofs, welcher *ex mandato episcopi* in gesetzlich bestimmten Grenzen die bischöfliche Jurisdiction als eine *quasi ordinaria* oder *vicaria* ausübt. Innerhalb dieser Befugnifssphäre ist der Generalvicar das *„alter ego“* des Bischofs, so dafs z. B. eine Appellation von ersterem an diesen ausgeschlossen ist. Das den Generalvicar mitberathende, oder nach bischöflicher Festsetzung mitbeschliefsende Collegium heifst Generalvicariat, Ordinariat, Consistorium oder Officialat, dessen rechtliche Stellung principiell dieselbe ist wie diejenige des Generalvicars.[2] Im Uebrigen besteht keine gemeinkirchliche Pflicht des Bischofs, einen Generalvicar einzusetzen, namentlich dann nicht, wenn die Diöcese klein ist, und der Bischof selbst das kirchliche Recht genügend kennt. Nur gegenüber den Bischöfen der oberrheinischen Kirchenprovinz drückte Pius IX. am 6. März 1851 den Wunsch aus, dafs hier allgemein ein Generalvicariat errichtet werde, was dann erst in Rottenburg geschah.[3]

Das Ordinariat ist zunächst keine Corporation, obwohl das appellirende Bamberger Ordinariat in der Berufungsschrift diesen Titel für sich beanspruchte. Die ganze Entwicklungsgeschichte des Ordinariats weist auf einen physischen Träger, und die später her-

---

[1] Ebenso das O. A. G. E. v. 1. Febr. 1873. Ferner Thudichum, deutsches Kirchenrecht des 19. Jahrh., II. 228: „Das bischöfliche Ordinariat, Officialat u. s. w. sind so wenig juristische Personen, wie die evangelischen Generalsuperintendenten und Consistorien.“ Desgleichen Roth, Bayr. Civilr., I. 231; Silbernagl, Verfassung und Verwaltung sämmtlicher Religionsgenossenschaften in Bayern, 2. Aufl. 54.

[2] Vgl. die Gl. z. c. 1 in VI°. 1, 13: *„officialis vel officialatus“* sowie die Quellenstellen und Ausführungen bei Hirschel, Archiv 27, S. 4 f.

[3] Vogt, kirchliche Verordnungen für das Bisthum Rottenburg 1863, S. 136 f.

vortretende Vielheit läfst durchgehends das Collegialitätsprincip vermissen. Man müfste somit das Ordinariat unter dem Gesichtspunkt des Instituts oder der Anstalt begreifen. Hierfür fehlt aber zunächst der selbständige Zweck: das Ordinariat ist nur der Mandatar des Bischofs, seine Aufgabe geht somit in dem umfassenderen Amte des Bischofs auf. Dem Ordinariat mangelt ferner auch die Dauerhaftigkeit seines besonderen Zweckes, diese ist vielmehr durch eine revocable Geschäftsübertragung völlig ausgeschlossen. Die Privatrechtsfähigkeit einer Anstalt ist schliefslich gemeinhin Folge einer vermögensrechtlichen Aufgabe, diese ist aber beim Ordinariat gewifs ebensowenig nachweisbar, als ein festdotirtes Stiftungsvermögen vorhanden. Man wende nicht ein, dafs eine vermögensrechtliche Aufgabe ja auch dem Domcapitel abgehe, denn hier war wie bei den Beneficien die Sicherstellung und Selbständigkeit des Amtes genügende Veranlassung zur privatrechtlichen Verselbständigung; von all dem kann aber beim Generalvicar und Ordinariat, welches *ad nutum episcopi amobilis* ist, keine Rede sein. Fehlt so das Substrat für den Personencharakter des Ordinariats, so vermifst man nicht minder den zweiten begriffconstituirenden Factor, die Anerkennung der Privatrechtsfähigkeit durch die Rechtsordnung. Dieser Nachweis ist um so bestimmter zu erbringen, als man gegenüber der Institution des Generalvicariats, die doch erst jüngeren Datums ist, von einer eigentlichen Rechtsgewohnheit und Gerichtspraxis noch nicht reden kann. Nirgends ist etwas von einem anerkennenden Rechtssatz zu entdecken, und das Bamberger Ordinariat hat nicht einmal den Versuch eines Nachweises unternommen. Man kann auch nicht sagen: die Institute der Kirche sind im Allgemeinen durch die Rechtsordnung als Privatrechtssubjecte anerkannt, denn die Institute in diesem Sinne erfordern einen selbständigen und in der Selbständigkeit dauernden Zweck. Wenn aber schliefslich von beklagtischer und appellantischer Seite für sämmtliche Behörden und Beamtencollegien der Charakter der „juristischen Persönlichkeit“ beansprucht wird, so können wir uns mit dem Bamberger Bezirks- und Appellationsgericht und dem Oberappellationsgericht zu München unter Berufung auf v. Savigny,[1]

---

[1] System II., S. 237.

Puchta,[1] Seuffert[2] und v. Holzschuher[3] wohl darauf beschränken, diese Auffassung als eine unbewiesene und unbeweisbare einfach zurückzuweisen.

§ 49.

2. Ist die Bezeichnung „Ordinariat“ der Ausdruck für eine unter einem andern Namen bekannte Person?

Man hat diese Frage bejaht und das Ordinariat sowohl für gleichbedeutend mit dem Domcapitel als mit dem Bischof resp. dem Bisthum gehalten.

Wie die Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichtes mittheilen, hat es das Ordinariat unternommen, in einem Revisionsnachtrage „die in den Streitverhandlungen bisher nicht zur Sprache gebrachte Ansicht auszuführen, daſs die Ordinariate gleichbedeutend mit den Domcapiteln seien.“ Wir nehmen zur Ehre des Bamberger Ordinariats an, daſs diese unglaubliche Deduction lediglich im appellantischen Anwalt ihren geistigen Vater hatte, und glauben am richtigsten zu handeln, wenn wir uns hier jede weitere Kritik ersparen.

Um so mehr müssen wir uns mit der Ansicht befassen, welche im Ordinariat nur einen Ausdruck für den Bischof resp. das Bisthum findet, nicht bloſs, weil das Bamberger Ordinariat bereits erstinstanzlich in der Klagebeantwortung behauptete, daſs eine Erbeinsetzung des Ordinariats „nur als gleichbedeutend mit einer Einsetzung der Diöcese oder des Erzbischofs selbst angesehen werden könne,“ sondern besonders weil Schulte diese Ansicht lebhaft vertheidigt, indem er sagt: „Von einer besonderen Rechts-„persönlichkeit des Ordinariats etc. ist darum keine Rede; aber „das Ordinariat ist nur ein Ausdruck für das Bisthum, „den Bischof, die Diöcese, darum ist das Ordinariat, General-„vicariat etc. rechtsfähig, fähig, mit Erbschaften, Legaten, Schen-„kungen etc. bedacht zu werden, weil ein desfallsiger Act gar

---

[1] Vorlesungen, 5. Aufl., I., S. 65.

[2] Pand., § 50 N. 1.

[3] Theorie und Casuistik, II. 529 f.

„keinen anderen Sinn haben kann, und deshalb den Sinn hat: den „Bischof, die Diöcese, die Kirche zum Erben, Legatar, Beschenkten „zu machen." [1]

Diese Auffassung hat in den erwähnten Erkenntnissen und insbesondere von Seiten Hirschels eine zutreffende Widerlegung gefunden. [2]

Wenn zunächst von dem Bamberger Ordinariat resp. seinem Anwalt in der Appellationsinstanz nach Ausweis der Entscheidungsgründe behauptet wird, das bischöfliche Ordinariat „sei nicht ein „blofses Rathscollegium, es sei vielmehr der Bischof im Amte, *potestas* „*ordinaria*, es vereinige in sich alle Momente der kirchlichen Jurisdiction „und sei in Bezug auf das kirchliche Vermögen die oberste und höchste „Verwaltung," und wenn desgleichen in der Revisionsschrift gesagt wird, „dafs das erzbischöfliche Ordinariat die Angelegenheiten der „Diöcese nicht vermöge erzbischöflichen Mandats besorge, sondern „eine mit der im Erzbischofe concentrirten Diöcesangewalt gleich-„bedeutende oder identische Amtsgewalt ausübe," so ist mit den Entscheidungsgründen des Appellationsgerichts demgegenüber zu betonen: Dem Bischof allein steht die *potestas ordinaria* zu, alle Jurisdiction ist in das bischöfliche Amt gelegt, in ihm concentrirt sich die oberste Diöcesangewalt, und was hier von Anderen besorgt und behandelt wird, geschieht lediglich auf Grund einer revocablen Geschäftsübertragung.

Wie dieselben Entscheidungsgründe ausführen, hat denn auch das erzbischöfliche Ordinariat „unter Ziff. III. seiner Vernehm-„lassung selbst im Wesentlichen die vorbezeichnete Auffassung über

---

[1] Jur. Persönlichkeit, 175.

[2] Auch Silbernagl (Verfassung und Verwaltung sämmtlicher Religionsgenossenschaften in Bayern, 2. Aufl., 54) hält Schulte entgegen, „dafs trotz der angenommenen Synonymität zwischen dem Ordinarius und seinem Ordinariate doch keine Identität zwischen beiden besteht, da das Ordinariat nur eine vom Bischofe bevollmächtigte Behörde ist." Dann jedoch fährt er fort: „Dagegen aber steht nichts im Wege, bei der Erbeinsetzung eines Ordinariats diesen Ausdruck als zweifelhaft zu erachten und demnach den Sinn zu erforschen, den der Erblasser mit jenem Ausdruck verband, also anzunehmen, dafs der Erblasser mit diesem Ausdruck den Repräsentanten des Bisthums bezeichnen und hiermit das Bisthum zum Erben einsetzen wollte." Diese Auffassung wird sich jedoch ebenfalls in Folgendem als irrig erweisen.

„die Stellung des Ordinariats, zum Bischof vertreten, jedoch daraus zu „folgern gesucht, dafs eine Einsetzung des Ordinariats, also des Rath-„gebers, Gehülfen und Mandatars des Bischofs in der Verwaltung der „Diöcesanangelegenheiten und insbesondere des Vermögens der Diö-„cese, nur als gleichbedeutend angesehen werden könne mit einer „Einsetzung der Diöcese, denn wenn das Ordinariat selbst keine Person „sei, so läge doch gewifs nahe, die Einsetzung auf jene Person zu „beziehen, deren Angelegenheiten, deren Vermögen es verwalte, es „könne sonach die Einsetzung sowohl auf die Diöcese oder den „Erzbischof selbst bezogen werden, und sei daher in jedem dieser „beiden annehmbaren Fälle eine einsetzungsfähige Person gegeben.“ Dieses ist denn auch die Ansicht Schultes.

Wir sind nun zunächst mit Hirschel,[1] und nicht minder mit Schulte[2] darüber einig, dafs die rechtliche Möglichkeit ganz und voll gegeben ist, ein Institut durch letztwillige, auf den Repräsentanten lautende Verfügung zum Erben einzusetzen.[3] So kann man den Pfarrer für das Pfarrbeneficium, den Landesherrn für den staatlichen Fiscus, den Bischof für das Bisthum mit Erbschaften bedenken. Es mufs nur mit Sicherheit festgestellt werden können, ob die Zuwendung an die öffentliche Person wirklich nur in ihrer Eigenschaft als Repräsentanten, also für das vertretene Anstaltsganze gemacht wurde. Im canonischen, und infolgedessen gemeinen Rechte, bestehen hierfür sogar bestimmte Praesumtionen.[4]

---

[1] Archiv 27, S. 16 ff.

[2] Jur. Persönlichkeit 175 u. 158.

[3] Vgl. auch Gierke, II. 352 und die in N. 18 gegebenen Urkundenbelege.

[4] c. 15 X. 3, 26 wirft die Frage auf, ob die einer kirchlichen Person gemachte Zuwendung als eine solche der Privatperson oder als eine solche der vertretenen Kirche gelten solle. Zunächst wird zwischen den eine *praelationem vel administrationem ecclesiae habentes* und den *non habentes* unterschieden. Die „*habentes*“ sind nach Panormitanus *ad h. l.* N. 14 diejenigen, welche eine „*ecclesiam curatam*“ und eine „*administrationem perpetuam*“ oder diejenigen, welche „*aliquam dignitatem seu ministerium in ecclesia separatum a congregatione*“ oder eine „*administrationem temporalem*“ haben. Bei den „*habentes*“ unterscheidet das Gesetz in folgender Weise: „*distinguendum est, utrum relinquatur episcopo ab extraneo an a propinquo; si ab extraneo generaliter verum est, quod praesumitur, esse relictum intuitu ecclesiae non personae.* Es besteht somit die Praesumtion, dafs

Die einzige und hochwichtige Frage ist daher, ob das bischöfliche Ordinariat der Repräsentant des Bisthums ist. Diese Frage ist von Schulte[1] bejaht, von Hirschel[2] aber im Anschluſs an die Erkenntnisse nach einer gründlichen Untersuchung mit Recht verneint worden. Nach Schulte ist das Ordinariat der „Repräsentant der Diöcese“ (S. 208), nicht minder aber auch der Bischof[3] (S. 165); er hat uns aber nicht gesagt, wie wir uns diese doppelte Repräsentanz zu denken haben.

Zunächst können wir uns dieselbe nicht denken nach Art der doppelten Vertretung der Diöcese durch den Bischof und seinen Coadjutor: denn die hier ersichtliche Theilung der Repräsentanz in eine potentielle und eine actuelle ist bei dem Ordinariat nicht anwendbar, wie das Rechtsverhältniſs hier und dort überhaupt gänzlich verschieden ist.[4] Auch die Analogie der unmittelbaren und primären Vertretung der kirchlichen Institute durch die Localobern und der mittelbaren und secundären durch den Ordinarius kann hier keine Anwendung finden, vielmehr ist die Amtsbefugniſs des Ordinariats eine durchaus willkürliche und hört sogar, wie Schulte selbst ganz richtig bemerkt,[5] *coram episcopo* ganz auf. Die Jurisdictionsgewalt des Bischofs und des bischöflichen Ordinariats ist sowohl nach Umfang als Ursprung und Dauer durchaus ver-

---

die Zuwendung eines Fremden an einen Geistlichen, welcher eine kirchliche Anstalt auf Lebensdauer oder zeitweilig verwaltet, der vertretenen Anstalt (Kirche) gemacht ist. Die *ratio legis* ist offenbar die, daſs eine Zuwendung an die Kirche immer erklärlich, diejenige an einen ganz fremden Menschen aber unbegreiflich wäre. Vgl. Greg. Tur. IV. c. 52; VI. c. 46; VII. c. 7. Von hier aus erklärt sich auch der bereits in Nov. 131 c. 13 und l. 42 (41) § 2 C. 1, 3 ausgesprochene Grundsatz, daſs der Bischof über das, was er während seiner Amtszeit von fremden Personen (d. h. nicht *„a parentibus, patruis vel avunculis et a fratribus)* ererbt hat, nicht testiren, dieses vielmehr von der bischöflichen Kirche vindicirt werden dürfe.

[1] Jur. Persönlichkeit, 208.

[2] Archiv 27, S. 6 ff.

[3] Schulte kommt mit sich selbst in Widerspruch, indem er S. 174 behauptet, daſs das Recht „nur (auch im Schulte'schen Werk gesperrt gedruckt) den Bischof als Vertreter kennt.“

[4] Hirschel, a. a. O. 8.

[5] Jur. Persönlichkeit, 166.

schieden, und wie Schulte[1] sagen kann: „Sie (d. h. die Ordinariate) fallen juristisch zusammen mit dem Bischofe, mit der Kirche, mit der Diöcese," ist uns unbegreiflich. Schulte selbst hält es für einen „unbedingten Satz des Kirchenrechts," „dafs der Generalvicar nur persönlicher Stellvertreter des Bischofs," [2] das heifst doch wohl nur der Vertreter des jeweiligen Bischofs ist. Er vertritt also — und zwar nur in bestimmten Grenzen — den Bischof *in concreto,* nicht den Bischof *in abstracto,* und damit auch nicht das Bisthum.[3] Eine dem Ordinariat gemachte Zuwendung kann somit nie als eine solche an das Bisthum oder an den Bischof *in abstracto* aufgefafst werden, denn diese werden nicht von dem Ordinariat, sondern ausschliefslich von dem Bischof vertreten; nur die dem letzteren zugedachte Erbschaft kann als dem Bisthum zugewendet gelten; das Ordinariat steht zu dem Bisthum in gar keiner unmittelbaren Beziehung. Wir haben ferner gesehen, dafs die *potestas* des Ordinariats nur als eine *mandata* aufgefafst werden kann. Mandiren kann aber nur der Bischof *in concreto,* und die Vollmacht erlischt daher nach c. 4 Clem. 1, 10 durch den Tod des Bischofs oder durch seine Entfernung vom bischöflichen Amte. Was ferner nach Schulte'scher Auffassung mandirt werden müfste, wäre die Rechtsfähigkeit, welche als ein *ius personalissimum* unmandirbar ist. Nach all dem kann somit keine Rede davon sein, dafs das »Ordinariat« nur ein anderer Ausdruck für das »Bisthum« sei, und die von Schulte[4] gemachte Zusammenstellung der unterschiedslosen sprachlichen Anwendungen von Ordinarius und Ordinariat ist nur richtig und bedeutsam in Bezug auf das öffentliche Rechtsgebiet. Der Bischof mandirt dem Generalvicariat gewisse *iura publica,* und in Hinsicht auf diese ist daher für den Dritten Mandant und Mandatar dasselbe.

---

[1] a. a. O. 174.

[2] a. a. O. 174.

[3] Hirschel, a. a. O. 6: „Sie (d. h. die Ordinariate) vertreten nicht die Diöcese, das bischöfliche Amt an sich und unmittelbar, wie der Bischof selbst es thut, sie vertreten vielmehr rechtlich lediglich und einzig die Person des jeweilig bestehenden Bischofs in seiner amtlichen Thätigkeit." Vgl. überhaupt S. 4—21 u. 36—42.

[4] Jur. Persönlichkeit, 166—174.

§ 50.

3. Ist die letztwillige Verfügung trotzdem giltig?

Nachdem wir die Controverse von der Eigenthumsfähigkeit der Ordinariate an einem praktischen Falle entwickelt haben, wollen wir zur allseitigen Beurtheilung desselben, obschon es nicht mehr streng zu unserem Thema gehört, die Frage prüfen, ob die letztwillige Kapfer'sche Verfügung nicht doch aus einem andern Grund aufrecht zu halten ist. Diese Frage wurde von dem beklagtischen Ordinariat in allen drei Instanzen, insbesondere auch von Schulte und Hirschel bejaht, in den drei Erkenntnissen aber mit Recht verneint. Nach den ersteren ist die letztwillige Kapfer'sche Verfügung ein *testamentum ad piam causam* und deshalb trotz aller etwaigen Mängel giltig. Des Weiteren geht die Begründung, und zwar auch bei denselben Autoren, weit auseinander.

1. Nach der einen Argumentation ist die *pia causa* selbst, d. h. die zu errichtende Missionsstiftung, und nicht das Ordinariat, zum Erben eingesetzt. Diese Auffassung wird nicht blofs von dem Ordinariat in allen drei Instanzen,[1] sondern auch von Schulte,[2]

---

[1] Die Entscheidungsgründe des Untergerichts geben den Inhalt der Klagebeantwortung des Ordinariats dahin an, „dafs nach dem Gesammtinhalt des Testaments das Ordinariat gar nicht als eingesetzter Erbe betrachtet werden könne, indem Kapfer hiernach den ganzen Nachlafs zu einem kirchlichen und wohlthätigen Zwecke gewidmet, somit eine Stiftung *ad piam causam* begründet habe, dafs demgemäfs nach dem Willen des Testators in der That diese Stiftung als eingesetzte Erbin und das Ordinariat nur als der Vollzieher der letztwilligen Anordnung zu betrachten sei." Auch die Entscheidungsgründe der Appellationsinstanz führen in dieser Hinsicht aus: „Für den Fall, dafs die Erbeseinsetzung des erzbischöflichen Ordinariats für unstatthaft erachtet, und darum eine ungültige Bezeichnung des Erben angenommen werden könnte, hat das genannte Ordinariat in seiner Berufung die weitere Behauptung aufgestellt, dafs nach einer richtigen Interpretation des Conrad Kapfer'schen Testaments das erzbischöfliche Ordinariat Bamberg gar nicht als Erbe zu betrachten, und die Intention des Testators vielmehr dahin gegangen sei, mit der Gesammtheit seines Vermögens eine Stiftung zu begründen, welche denn auch als die eigentliche Erbin angesehen werden müsse." Ganz so in der Revisionsinstanz (bei Schulte, S. 202).

[2] Jur. Persönlichkeit, S. 213: „Sagt denn der Testator nicht wörtlich „„meine Stiftung""? Ist es denn denkbar, dafs er etwas Anderes, als eine selbständige, nur vom Ordinarius zu verwaltende Stiftung gewollt habe, wenn

der nach Art des Anwaltes einen vollständigen Eventualbeweis aufbaut, vertreten, in den Erkenntnissen aber mit Erfolg bekämpft. Wir stehen ganz auf dem Standpunkt der letzteren. Denn es heifst mit unverwischbarer Deutlichkeit im Testament: „Zu meinem Haupterben ernenne und schreibe ich das Hochwürdigste Erzbischöfliche Ordinariat Bamberg.“ [1] Und wenn der Testator dann unmittelbar fortfährt: „zur Begründung eines katholischen Missionsfonds,“ so heifst das ganz gewifs nicht: nein, nicht das Ordinariat, sondern die von mir beabsichtigte Stiftung, soll der Erbe sein — sondern es kann nach einer vernünftigen Interpretation der Zusatz nur im Sinne der Auflage erklärt werden. Die Erbeinsetzung des Ordinariats geschieht mit der Auflage, das zugewandte Vermögen in einer bestimmten Richtung zu verwenden. Erbe ist und bleibt aber das Ordinariat, und wenn die Auflage z. B. durch Versagung der Staatsgenehmigung zur Errichtung der Stiftung, also ohne Schuld der Erben, unmöglich würde, so würde nicht, wie Schulte meint, die Intestaterbfolge eröffnet, sondern die Verfügungsgewalt der Erben würde nunmehr frei. Die Ausdrucksweise „meine Stiftung“ kann ferner nicht gegen die Erbeseinsetzung des Ordi-

er dies sagt“; S. 214: „War die staatliche Genehmigung (zur Errichtung der Stiftung) versagt, war die Erbeinsetzung fortgefallen . . . so wurde *eo ipso* die Intestaterbfolge eröffnet; es lag ein wirkliches *testamentum ad piam causam* vor.“ 212: „So war also, man mag das Testament nehmen, wie man will, eine erbfähige juristische Person bedacht, sei es eine bestehende, sei es eine im Testament geschaffene, welche durch die staatliche Genehmigung zu realisiren war.“

[1] Anders war es beispielsweise mit dem am 18. Juli 1854 errichteten Testament einer gewissen Barbara Vetter in Ilmspan (Baden) bestellt, worin es hiefs: „mein sämmtliches übriges Vermögen soll dem gegenwärtigen Herrn Erzbischof zukommen für Knaben, welche sich dem geistlichen Stande widmen in einem (Seminar).“ Als dieses Testament angefochten wurde, weil der Erzbischof Hermann v. Vicari beim Tode der Erblasserin (28. Decbr. 1881) nicht mehr gelebt habe, das Testament also destitut sei, hat das Landgericht Freiburg am 24. März 1883 und weiterhin auch das Oberlandesgericht Carlsruhe mit Recht ausgeführt, dafs in der Wendung „zukommen“ nicht nothwendig eine Erbeinsetzung enthalten, nach dem ganzen Tenor vielmehr eine *pia causa* eingesetzt sei. Die aus dem „gegenwärtig“ klägerischerseits weiterhin gezogenen Consequenzen sind in den beiden Erkenntnissen ebenfalls sehr treffend widerlegt, was jedoch hier weiter nicht interessirt.

nariats geltend gemacht werden, denn die diesbezüglichen testamentarischen Bestimmungen sprechen von dem Zeitpunkt, wo der Testator den Modus erfüllt glaubt, also eine Stiftung wirklich existirt, wobei aber dann immer noch zu beweisen wäre, dafs hier eine Stiftung im Sinne der Rechtssubjectivität gemeint sei. Sollte aber, wie Schulte mit aller Bestimmtheit annimmt, die Absicht des Testators in Wirklichkeit die gewesen sein, die geplante Missionsstiftung selbst als Erben einzusetzen, [1] so müfste gesagt werden: die wirklich eingesetzte Person (das Ordinariat) war nicht gewollt, die gewollte (die Missionsstiftung) ist aber nicht eingesetzt [2]: also ist die Erbeseinsetzung wegen inneren Widerspruchs nichtig. Will man aber noch weiter gehen und sagen: die Stiftung ist in Wirklichkeit als Erbe eingesetzt, so haben wir zwei Universalerben, und dadurch wird, wie auch Schulte bekennen mufs, selbst ein *testamentum ad piam causam* nichtig. [3] Wir kommen also zu dem

---

[1] Vergl. in dieser Hinsicht das Testament eines am 1. Januar 1866 gestorbenen Württembergischen kath. Pfarrers in Winterstettendorf, welches nach dem Erlafs des bischöfl. Ordinariats an den Clerus der Diöcese v. 27. Januar 1871 (abgedruckt bei Vogt, Sammlung kirchlicher und staatlicher Verordnungen für das Bisthum Rottenburg, 1876, S. 174) folgendermafsen lautet: „Für den Fall meines Todes setze ich zum Erben meiner Verlassenschaft ein die in unserer Diöcese so wünschenswerthe Emeriten-Anstalt, wenn solche binnen zwanzig Jahren, vom Tage der Eröffnung des Testaments an gerechnet, errichtet werden sollte. Nach gerichtlicher Ausscheidung meiner Hinterlassenschaft soll die zu diesem Zweck sich ergebende Summe dem bischöflichen Ordinariat in Rottenburg ausgefolgt werden, welches dieselbe zu verwalten und nutzbringend anzulegen hat, bis sie zu dem beabsichtigten Zweck verwendet werden kann. Sollte die genannte Emeriten-Anstalt binnen 20 Jahren nicht zu Stande kommen, so substituire ich dafür die Kirche in meinem Geburtsort Flochberg." Hier ist in widerspruchsfreier und klarster Weise eine zu errichtende Anstalt als Erbe eingesetzt und dem Ordinariat nur die interimistische Verwaltung übertragen.

[2] l. 3 D. 34, 5: *„qui aliud dicit quam vult; neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia non loquitur."* Vgl. auch l. 9 § 1 D. 28, 5.

[3] „Dafs eine Erbeseinsetzung eines Andern neben der Einsetzung einer *pia causa* ebensowenig gilt und der Intestatsuccession Raum giebt, folgt gleicher Gestalt aus denselben Gründen." („Ueber die Testamente *ad pias causas*" in der Ztschr. f. Civilr. u. Procefs N. F. VIII. 223).

Schlufs: wirklich eingesetzt ist das Ordinariat, ein Ordinariat ist aber nicht einsetzbar, also ist das *testamentum nullum.*

2. Eine andere Auffassung ist die, dafs die *pia causa* mit einem Legat bedacht sei, und zwar ist es Schulte,[1] der auch dieser Auffassung wiederum das Wort redet, ebenso Hirschel.[2] An einer anderen Stelle hat denn Schulte nachzuweisen versucht, dafs die *legata ad pias causas* auch „aus einem auf irgend eine Art ungültigen solennen Testamente zu prästiren“ seien,[3] welcher Auffassung sich Hirschel völlig anschliefst.

Es ist vorauszuschicken, dafs ein Testament nur dann ein *testamentum ad p. c.* ist, wenn, wie auch Kreittmayr in seinen Anmerkungen zu dem hier in Betracht kommenden *Cod. Max. bavar. civ. II. c. 4, § 5* bemerkt, die *pia causa* zum Erben eingesetzt ist.[4] Man kann hier also nicht von einem *testamentum ad p. c.* sprechen. Und wenn wir nun auch mit Schulte-Hirschel und in Uebereinstimmung mit Mevius, v. Weber, Fleischer, Covarruvias, Engel[5] das *testamentum* und das *legatum ad p. c.* an denselben Privilegien theilnehmen lassen, so kommen wir doch zu einem anderen Resultat. Man darf allerdings den Charakter des Vermächtnisses mit dem Untergericht nicht dadurch bestreiten, dafs sich dasselbe „auf das ganze nachgelassene Vermögen des Kapfer erstrecke,“ — es wäre dann eben ein *fideicommissum hereditatis* — sondern es mufs gegen Schulte und Hirschel betont werden, dafs die in Frage stehenden Privilegien nur

---

[1] S. 215 f. (Jur. Persönlichkeit) nennt er das Kapfer'sche Testament ein *testamentum ad piam causam,* wonach also „die gemeinrechtlichen Sätze über . . die Gültigkeit der Legate *ad p. c.* u. s. w.“ zur Anwendung kommen.

[2] Archiv 27, S. 42: „Dagegen hätte demungeachtet die Verfügung des Erblassers zum Zwecke der Stiftung eines Missionsfonds aufrecht erhalten werden müssen. Denn in Bamberg gilt das gemeine Recht; nach diesem ist der Bischof und auch dessen Mandatar, das Ordinariat, wenn es dazu, woran wohl nicht zu zweifeln, Vollmacht besitzt, befugt, an *piae causae* in der Diöcese gemachte Vermächtnisse anzutreten, wenn andere hierzu Berechtigte und Verpflichtete, Erben, Testamentsexecutoren, nicht vorhanden oder saumselig sind.“

[3] Zeitschr. f. Civilr. u. Procefs, N. F. VIII. 224 f.

[4] So neuestens auch de Angelis, *Praelectiones iuris can. II. p. I. 883.*

[5] Vgl. Schulte in der Zeitschr. f. Civilr. u. Procefs, VIII. N. F. 225.

die Beschleunigung der Erfüllung[1] und die Beseitigung der erschwerenden Solennitätsformen[2] bezwecken; andere Privilegien besitzen die *dispositiones ad piam causam* nicht; die dem entgegenstehenden allgemeinen Raisonnements Schultes[3] und die parallellaufenden Ausführungen Hirschels[4] schiefsen weit über das Ziel und sind durch keine Gesetzesstelle zu stützen. Die erlassenen Solennitätsformen betreffen alle die Art und Weise der Testamentsabfassung: Zulässigkeit der Mündlichkeit, des weiblichen Zeugnisses, Entbehrlichkeit der Solennitätszeugen oder der Rogation derselben u. s. w., sie gehen also nur das Aeufserlich-Formale an. Ein Essentiale, oder Innerlich-Formales aber darf nicht fehlen, denn alsdann haben wir überhaupt kein Testament. So bestimmt der *Cod. Max. bavar. civil III. c. 4, § 3,* und mit ihm die Bambergische Verordnung v. 20. Juni 1681: „Testamente *ad pias causas* „brauchen keine äufserliche Solennitäten, wenn nur sonsten „den Substantialrequisiten, sonderbar *circa voluntatem* nichts „hierbei ermangelt."[5] Ein solches Substantialrequisit ist aber ohne Zweifel die *testamenti factio activa* wie *passiva.* Und wenn Schulte

---

[1] So z. B. die von Hirschel (Archiv, 27 S. 42) angeführte Nov. 131 c. 10, 11; c. 3 X. 3, 26.

[2] c. 13 X. 3, 26 (Archiv, 27 S. 19). c. 11 X. 3, 26 kommt hier nicht in Betracht, da Schulte in der erwähnten Abhandlung den Beweis erbracht hat, dafs hier nur von Probations-, nicht von Solennitätszeugen die Rede ist.

[3] Zeitschr. f. Civilr. u. Procefs, VIII. 187—192. Insbesondere 192: „ihr (der Kirche) genügt es vollkommen, dafs einer diesen edlen Zweck hat erreichen wollen und dies erklärt, mag eine solche Erklärung nach Civilrecht bindend seyn oder nicht; sie mufs sich freuen, dafs Jemand so frommen Gemüthes war, und sollte noch einen solchen Entschlufs an die Erklärung in bestimmter Form binden? Verlangte sie das, so wäre sie ihre gröfste Feindin." Nach Schulte ist es „vom kirchlichen Standpunkte aus eine absolute Forderung der Billigkeit, der Christlichkeit, jedwede Erklärung, deren Existenz feststeht, unter allen Umständen aufrecht zu halten und zu voller Geltung zu bringen, damit nicht der Kirche der ihr zugewandte Nutzen und dem Testator nicht der durch Verfügungen zu frommen Zwecken nach Grundsätzen der Kirche für dessen Seelenheil erwachsende Vortheil entgehe".

[4] Archiv, 27 S. 19, 21, 39, 41, 42.

[5] Vergl. hier auch Roth, Bayr. Civilr. I. 235[40]. Pfeiffer, praktische Ausführungen II. nr. 10, S. 338 ff. Stobbe, Deutsches Privatr. I. 424.

„aus dem ersten Grund“ ein Testament *(ad p. c.)* der „Unmündigen, Wahnsinnigen, Blödsinnigen, Geistesschwachen, Trunkenen“ für nichtig hält,[1] so verbietet es die Consequenz, die Zulässigkeit eines Testaments bei einem Mangel rücksichtlich des zweiten Punktes zu vertheidigen. Die Form der *testamenta et legata ad pias causas* ist eine ungebundene, ein anderes Privileg aber ist nicht nachweisbar. Es hat demnach einen Sinn, wenn man ein *legatum ad p. c.* in einem *testamentum parentum inter liberos* für giltig hält,[2] aber es geht nicht an, ein Legatum aufrecht zu halten, das nach des Testators ausdrücklichem Willen nur durch eine Unmöglichkeit, nämlich die Erbenqualität einer nichtexistirenden Person, Existenz gewinnen kann.

Uebrigens glauben wir nicht, dafs der Zusatz „zur Begründung eines katholischen Missionsfonds“ wirklich die Bedeutung eines Legates resp. Fideicommisses hat, also ganz dasselbe will, wie etwa die Wendung besagen würde: mit dem Auftrage, das Erbvermögen an einen von dem Ordinariat zu errichtenden Missionsfonds zu **Eigen** zu geben. Denn nichts zwingt, diese Stiftung gerade als Person zu errichten.[3]

---

[1] Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. VIII. 216.

[2] Mevius u. Fleischer bei Schulte a. a. O. 225. Es sind offenbar auch nur solche Mängel der Form, von welchen die Statut. Lubecc. § XIII. (bei Schulte, 225 N. 113) sprechen: „Unangesehen, dafs etliche Testamente aus rechtmäfsigen Ursachen und aus Mangel der gebührenden Requisiten nicht confirmiret werden können, so sollen doch nichtsdestoweniger die Legata zu Gottes Ehr' und milden Sachen gegeben, die Testamentarien zu zahlen schuldig seyn.“

[3] Diesen Fall bespricht Savigny (System, II. 268 f.): „wenn z. B. ein Testator seinem Erben die Verpflichtung auflegt, so lange er lebt, eine gewisse Summe in Almosen an bestimmten Tagen des Jahres zu vertheilen, so wird diese Bestimmung, gleich jedem andern Modus, geschützt (§ 128, 129); eine juristische Person erscheint dabey gar nicht, vielmehr ist blofs von dem Vermögen des Erben, und von einer dem Erben auferlegten Verbindlichkeit die Rede. Endlich aber kann allerdings auch die Errichtung einer juristischen Person solchen Zwecken zu Grunde gelegt werden . . . Nun pflegt man den Ausdruck Stiftung auf ganz verschiedene Fälle der hier beschriebenen Art anzuwenden, und die Unbestimmtheit dieses Ausdrucks hat unverkennbar die Verwirrung der Begriffe selbst sehr gefördert.“ Vgl. ferner die bayr. Erkenntnisse v. 21. April 1842 und 20. Septbr. 1851 (Arends, Sammlung III. 349 u. IV. 120). Stobbe, Deutsch. Privatr. I. 419. Siebenhaar, Sächs. Privatr. 68. Auch P. Roth (Bayr. Civilr.

Ob ich Jemand als Erben einsetze „zur Begründung eines kath. Missionsfonds" oder beispielsweise zur Erbauung einer kath. Kirche, ist für die rechtliche Beurtheilung gleich. Niemand würde aber in dem letzteren Zusatz ein Erbvermächtnifs, sondern eine einfache Auflage erblicken.

3. Auch die von den Gerichten vertretene und von uns gebilligte Auffassung von der Verwendung *ad piam causam* als einfachem Modus wird in der Revisionsinstanz von dem Ordinariat ausgespielt: „Es soll nämlich dem (das Testament annullirenden) Urtheilssatze die Modification beigefügt werden, dafs die Intestaterben den im Testamente dem Ordinariate auferlegten Modus auch ihrerseits zu erfüllen haben." Eine Pflicht der Intestaterben, an Stelle der letztwillig ernannten, aber wegen Testamentsnichtigkeit in Wegfall kommenden Erben, eine in diesem Testament gemachte Auflage zu erfüllen, ist jedoch nicht nachzuweisen. Die Erbregelung vollzieht sich dann so, als wäre ein Testament überhaupt nicht vorhanden gewesen.

Das bis jetzt (sub 1—3) Ausgeführte wird in keiner Weise, wie das Ordinariat geltend macht, durch die Kapfer'sche Codicillarclausel [1] entkräftet. Denn eine Codicillarclausel ist fruchtlos, wenn das Testament an solchen Mängeln leidet, welche auch ein Codicill ungültig erscheinen lassen. Das ist aber hier der Fall, denn, wie die Entscheidungsgründe des Berufungsgerichtes sagen, „zu den Haupterfordernissen eines Codicills gehört nicht blofs die Fähigkeit des Codicillanten, sondern auch die Habilität dessen, der aus dem Codicill etwas verlangen will."

Wir stehen somit ganz und vollständig auf dem Standpunkt der Urtheile, die Schulte „zu den unglaublichen, aber wirklichen

---

I. 270) sagt in ausdrücklicher Berufung auf das oben erwähnte Oberappellationsgerichtserkenntnifs: „Der Ausdruck Stiftung wird im gewöhnlichen Leben auch zur Bezeichnung der Disposition gebraucht, und zwar auch für eine solche, welche einem schon bestehenden Rechtssubject zu bestimmten Zwecken etwas zuwendet, allein in einem solchen Fall liegt nicht eine Stiftung im technischen Sinn, sondern nur eine Erbeinsetzung oder Schenkung *sub modo* vor."

[1] Im Städel'schen Testament hiefs es: „ich setze das hiermit von mir gestiftet werdende Städel'sche Kunstinstitut" zu „meinem Universalerben" ein; „auch will ich, dafs, wenn mein Testament nicht als solches bestehen kann, solches als Codicill oder, wie es nur immer rechtliche Geltung haben soll."

Dingen" zählt.[1] Und wenn derselbe das Zugeständnifs des zweiten Richters, „der Testator habe die Gründung einer Missionsstiftung gewollt," mit den Worten bedenkt: „Ich gestehe, meinen Augen anfänglich nicht getraut zu haben, als ich jene Deduction las,"[2] so kann das ebenfalls unsere Billigung nicht finden. Geben wir einmal zu, dafs die Absicht des Testators einzig auf Gründung eines Missionsfonds gerichtet war, so sollte nach seinem ausdrücklichen Befehle dieser Wille doch nur verwirklicht werden durch ein gesetzlich unmögliches Mittel, die Erbeinsetzung einer erbunfähigen Behörde; dadurch wird aber der letzte Wille unausführbar und infolgedessen das Testament nichtig. Hirschel sagt in dieser Beziehung ganz richtig: „In der Regel ist eben an der Absicht des „Testators nicht im Entferntesten zu zweifeln, wenn z. B. ganz oder „zum Theil erbunfähige Personen, wie uneheliche Kinder, bürgerlich „Todte, Anstalten ohne Corporationsrechte, Geistliche, Aerzte etc., „bedacht sind, und doch kann gewifs die noch so klar vorliegende „Absicht des Erblassers hier nicht an die Stelle der nach ausdrück„licher gesetzlicher Vorschrift hinfälligen letztwilligen Verfügung „gesetzt werden." Hirschel[3] irrt nur, wenn er meint, für die Zuwendungen *ad pias causas* habe das Gesetz selbst die Aufrechthaltung des letzten Willens ausdrücklich und für alle Fälle angeordnet.[4]

Der Testator hat aus irgend einem Grunde — sei es, weil er die Verweigerung der Stiftungsgenehmigung durch die Staatsgewalt befürchtete, oder weil er Existenz und Weiterbestand der Stiftung am sichersten an die bischöfliche Behörde anlehnen zu können glaubte, oder weil er Bedenken trug, eine zweite Auflage des Städel-Blum-Fränkel'schen Falles vorzubereiten — es vermieden, den zu errichtenden Missionsfonds selbst als Erben einzusetzen, und hoffte am sichersten zu gehen, wenn er das Ordinariat zum Universalerben bestellte; er wollte die Scylla vermeiden und stürzte in die Charybdis.

---

[1] Jur. Persönlichkeit, 214.

[2] S. 212.

[3] Archiv, 27 S. 40.

[4] A. a. O. 40.

G. Die Eigenthumssubjectivität der **Klöster.**

§ 51.

Allgemeines.

Trotzdem die herrschende Meinung wie die staatliche Gesetzgebung die Aufhebung der Klöster begünstigt, hat unsere Frage doch immer noch ihre Berechtigung.

Die französische Gesetzgebung der Revolutionszeit, welche den ersten Klostersturm — hauptsächlich in confiscatorischer Absicht — inscenirte, hat die Aufhebung der bestehenden Orden und Congregationen verfügt und ihre Wiedererrichtung verboten. Aber schon die Kaisergesetzgebung suchte diese Härte dadurch zu mildern, daſs sie besonders namhaft gemachte Congregationen bestehen lieſs und anordnete, daſs sich neue geistliche Genossenschaften auf Grund einer durch kaiserliches Decret zu ertheilenden Autorisation bilden könnten.[1]

Dieselbe Entwicklung zeigt sich auch in Deutschland. Der R. D. H. S. v. 1803 überwies die „Güter der fundirten Stifter, Abteien und Klöster den Landesherrn", er nahm den Klöstern somit ihr Vermögen, aber keineswegs die rechtliche Existenz, noch weniger die Vermögensfähigkeit, und schloſs neue Errichtungen nicht aus. Die einzeldeutschen Staaten gingen allerdings, wie auch später der § 28 der „Frankfurter Grundzüge",[2] weiter, und wurden z. B. in Bayern durch Landesherrliche V. O. v. 17. Febr. 1803 sämmtliche ständische und nichtständische Männer- und Frauenklöster in den alten Provinzen und in der Oberpfalz aufgehoben und durch die Entschlieſsung v. 29. Juli 1803 alle Collegiatstifte in Altbayern aufgelöst,[3] nachdem bereits ein Jahr vorher die Verminderung

[1] Kaiserl. Decret vom 22. Juni 1804 (Hermens, II. 288). Das Decret vom 19. Febr. 1809 (Hermens II. S. 402) wiederholt diese Vorschrift auch für diejenigen weiblichen Congregationen, welche sich mit der Armen- und Krankenpflege beschäftigen. Später Näheres.

[2] Man weigerte sich, „Klöster zu erhalten, wieder herzustellen oder neue zu errichten. Auch werden die Regierungen die Aufnahme und Wiederherstellung keiner im vormaligen Deutschen Reiche aufgehobenen Ordensgesellschaft zulassen."

[3] Bayr. Regierungsblatt 1803, S. 192, 585.

der übermäfsigen Zahl von Klöstern angeordnet worden war.[1] Aber schon der Artikel VII des im Jahr 1817 zwischen dem König Maximilian Joseph und dem Papste Pius VII. abgeschlossenen Concordates bestimmte: *„Jnsuper Majestas Sua considerans, quot utili- „tates Ecclesia atque ipse status a religiosis ordinibus perceperint ac perci- „pere in posterum possint, et ut promptam suam erga Sanctam Sedem „voluntatem probet, aliqua Monasticorum ordinum utriusque sexus Coenobia „ad instituendam in religione et litteris iuventutem et in parochorum sub- „sidium aut pro cura infirmorum inito cum sancta Sede consilio, cum „convenenti dotatione instaurari curabit."* Ein Gesetzentwurf über die Ausscheidung der Kreis- und Staatslasten hatte die Dotation der Klöster den letzteren zugewiesen.[2] Nach den dem Landtag im J. 1831 von der Staatsregierung gegebenen Aufklärungen waren 1825—1831 nicht weniger als 16 Klöster und Hospitien „wieder- hergestellt" und 27 als „fortbestehend erklärt worden",[3] und Schwindl prophezeite in der Kammer, dafs „in kurzer Zeit mehr als hundert" existiren würden.[4] Bis zu Ende des Jahres 1836 waren im Ganzen 84 Klöster entstanden,[5] im Jahre 1845 waren es bereits 133. Dürrschmidt theilt mit, dafs aus den Verhand- lungen der Kammer der Abg. v. J. 1837 Bd. 11 S. 374 hervor- gehe, dafs damals einer Anzahl von 76 Klöstern des Landes „als Fundations- und Ergänzungsvermögen" bereits 1 631 354 fl. 44½ kr. zugewendet war, wovon der Staat 215 368 fl. 46 kr. geleistet hatte.[6] Die Wandlung hatte sich im Kampfe mit einer starken Opposition vollzogen,[7] und nunmehr erklärte die Reichsraths-[8] wie die Abge-

---

[1] Es wurde zu diesem Zweck eine besondere Commission bestellt, deren Instruction unter dem Titel „Instruction der neuangeordneten churfürstlichen Commission in Klostersachen v. 25. Januar 1802" erschien.

[2] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1827/28, Beil. Bd. V. Beil. XXIV. S. 4. Dürrschmidt, Die klösterlichen Genossenschaften in Bayern 1875, S. 10.

[3] Dürrschmidt, 10.

[4] Verhandlungen, Sitzung vom 30. Septbr. 1831 Bd. 18, S. 62. Dürr- schmidt, 12.

[5] Verhandlungen, 1837. Beil. Bd. IV. Beil. XXXIII. Dürrschmidt, 13.

[6] S. 69. — [7] Dürrschmidt, 8—16.

[8] 27. Januar 1846. Verhandlungen, Bd. I. 487, Bd. II. S. 118.

ordnetenkammer,[1] „dafs die dem bayrischen Staate concordatsmäfsig obliegende Pflicht, einige Klöster für Orden beiderlei Geschlechts zum Zwecke des Unterrichts- und der Seelsorge herzustellen, erfüllt sei," der Landtagsabschied betonte aber, dafs die Entscheidung der Frage, ob die durch das Concordat bezüglich der Herstellung der Klöster übernommenen Verpflichtungen erfüllt seien, oder nicht, aufser dem Gebiete der verfassungsmäfsigen Zuständigkeit der Stände liege.[2] Zu Ende des Jahres 1847 existirten in Bayern 161, am Ende des Jahres 1863 schon 441 und am Schlusse des Jahres 1873 im Ganzen 631 Klöster resp. geistliche Körperschaften.[3]

Wenn die andern gemeinrechtlichen Staaten Deutschlands für klösterliche Neubildungen auch nicht dieses Mafs von Wohlwollen, ja geradezu Abneigung zeigten, so legten sie mit Ausnahme von Holstein[4] durchgängig wenigstens kein allgemeines Hindernifs in den Weg,[5] insbesondere ist der art. 15 des Württembergischen Gesetzes v. 30. Januar 1862 hier rühmend hervorzuheben. Nur die Jesuiten und die ihnen verwandten Congregationen, als welche der Bundesrathsbeschlufs v. 20. Mai 1873 die Redemptoristen, Lazaristen, Väter vom hl. Geiste und Schwestern vom hl. Herzen Jesu bezeichnet,[6] wurden durch Reichsgesetz v. 4. Juli 1872 vom ganzen Gebiete des Deutschen Reiches ausgeschlossen.[7] Bezüglich der übrigen Orden und der Congregationen beschränkten sich die Einzelstaaten gemeinhin darauf, sich die Oberaufsichtsrechte zu sichern,

---

[1] 23. April 1846. Verhandl. Bd. X. S. 232.

[2] 23. Mai 1846. Gesetzbl. S. 34.

[3] Dürrschmidt, 17.

[4] Religionsgesetz vom 4. Juli 1863, § 3: „Klöster dürfen nicht errichtet werden."

[5] Das hessische Gesetz vom 23. April 1875, welches mit dem preufsischen Gesetz v. 31. Mai 1875 im Wesentlichen übereinstimmt, schliefst allerdings die Orden und ordensähnlichen Congregationen von seinem Gebiete aus, stellt es jedoch der Regierung anheim, die „dermalen bestehenden weiblichen, religiösen Orden . . . welche sich ausschliefslich dem Unterricht widmen und Privatunterrichtsanstalten besitzen," zu erhalten. Die sich der Krankenpflege widmenden Orden und Congregationen sind schon gesetzlich ausgenommen.

[6] Reichsgesetzblatt 1873, S. 109.

[7] Reichsgesetzblatt 1872, S. 253.

gewisse Praeventivmafsregeln zu ergreifen und sich insbesondere ein Veto bezüglich der Gründung von Klöstern und klösterlichen Niederlassungen zu sichern, was dann aber durch den Widerstand der Curie mit Aufhebung fast gleichbedeutend wurde. Immerhin bestehen aber in Deutschland noch Orden und Congregationen, und sind Gründungen rechtlich möglich.

Die Frage nach der Privatrechtsfähigkeit der auf klösterlicher oder klosterähnlicher Grundlage gebildeten geistlichen Vereinigungen hat eine interessante Entwicklung hinter sich. Nur wenn man diese kennt, wird es möglich, die Persönlichkeit derselben in ihrem rechtlichen Bestand sowohl als in ihrer besonderen juristischen Ausprägung zu verstehen. Wir haben daher darauf Rücksicht zu nehmen, wenn wir folgende Fragen beantworten:

1. Sind die klösterlichen und klosterähnlichen Verbandsganzen wirkliche Rechtssubjecte?
2. Vollendet sich der Begriff der Rechtssubjectivität schon in der einzelnen Niederlassung oder erst im ganzen Ordens- und Congregationsverband?
3. Sind sie Corporationen oder Stiftungen?

§ 52.

Die Thatsache der Rechtssubjectivität.

Die Privatrechtsfähigkeit der Klöster ist bereits durch Constitutionen vor Justinian und weiter durch die Justinianeische Gesetzgebung auf das Bestimmteste anerkannt.

Kaiser Anastasius verbietet den Klöstern den Verkauf ihrer Immobilien: „*monasteria .. immobile quid aut civilem annonam ne alienanto, nisi utilis sit venditio aut hypotheca aut permutatio aut perpetua emphyteusis.*“ [1] Und dementsprechend wird es nicht gestattet, „*rem immobilem ad . . . monasteria . . pertinentem accipere.*“ [2] Durch diese und andere im Codex wie in den Novellen vielfach wiederkehrende, ähnliche Bestimmungen ist die Eigenthumsfähigkeit der Klöster anerkannt. Die Nov. 120 c. 7 pr. gestattet den „*monasteriis in hac regia urbe et diversis provinciis constitutis permutationes inter se*

---

[1] l. 17 § 1 C. 1, 2. — [2] Nov. 7 c. 9.

facere," und verschiedene Constitutionen regeln die Erwerbsverhältnisse der Klöster für den Fall des Ein- und Austritts von Mitgliedern.

Die *praefatio* der Nov. 76 charakterisirt die Rechtslage mit folgenden Worten: *„a nobis sancitum est, eiusmodi viros et mulieres „cum corpore et anima ipso in monasterium ingressu se ipsos et bona „sua monasterio consecrare, quare domini eorum non amplius „sunt."* An den verschiedensten Stellen wird zwar das freie Verfügungsrecht der *persona sanctimonialis* vor dem Eintritt ins Kloster anerkannt.[1] Das Vermögen aber, über welches sie nicht besonders disponirt hat, fällt mit dem Eintritt *ipso iure* dem Kloster zu Eigen zu, *„quaecunque vero res habuit, cum monasterium ingrederetur, illae in dominio monasterii erunt."*[2] Desgleichen fiel an das Kloster, was der Religiose später erbte.[3] Hatten doch schon Theodosius und Valentinian ein Intestaterbrecht des Klosters in das Vermögen des *sine testamento* verstorbenen Mönchs[4] anerkannt, und die *Authenticae* führen aus, dafs dieses Erbrecht nicht erst beim Tod desselben, wie man nach der Constitution vermuthen dürfte, sondern bereits durch den Eintritt in das Kloster existent wird: *„cum monachus factus est, hoc ipso suas res omnes obtulisse monasterio videtur, si prius testatus non sit."* Daran ändert auch der Austritt oder Uebertritt in ein anderes Kloster nichts mehr, vielmehr bestimmt l. 56 (54) § 2 C. 1, 3 in Uebereinstimmung mit Nov. 5 c. 4 u. 6 u. A.: *„iubemus omnes eorum res ad iura eiusdem . . monasterii, a quo recesserint, pertinere."* Der c. 7 der cit. Novelle, welche die Frage des Uebertritts behandelt, giebt deshalb dem ersten Kloster die Vindicationsklage *„vindicentur a priore monasterio.*[5]

---

[1] Hellmann, das gemeine Erbrecht der Religiosen, 36 ff: Der Bestand eines vor der Profefsablegung gemachten Testaments ist unanfechtbar.

[2] Nov. 5 c. 4. Nov. 123 c. 38. Vgl. ferner Hellmann a. a. O. 11 ff., 14 ff., 26 ff., 50 ff.

[3] Vgl. Hellmann, 88 f. Ueber die widersprechenden juristischen Constructionen eines solchen Anfalls vgl. Hellmann, 98 ff.

[4] l. 20 C. 1, 3. Vgl. auch c. 1 Cod. Theod. V. 3: *„Si . . . monachus . . . nullo condito testamento decesserit, nec ei parentes utriusque sexus vel liberi vel si qui agnationis cognationisve iure iunguntur, vel uxor extiterit, bona, quae ad eum pertinuerint, . . . monasterio, cui fuerat destinatus, omnifariam socientur."*

[5] Selbstverständlich blieben die staatlicher- wie kirchlicherseits getroffenen Bestimmungen über die Privatrechtsunfähigkeit der Ordensleute nicht unange-

Das Gesetz hat für die Klöster auch noch einen anderen Eigenthumsanfall angeordnet, indem es die *„raptores virginum vel viduarum vel diaconissarum, quae Deo fuerint consecratae"* mit dem Tode bedroht und des Weitern verfügt: *„bona autem eorum, . . . eidem monasterio „vel asceterio, ubi consecrata est, addicantur, ut ex his rebus et ipsa*

---

fochten, und Maas erklärte zur Rechtfertigung: „Durch den Eintritt in einen solchen religiösen Verein wird das Eigenthum nicht vernichtet, das civile Eigenthum und die Disposition gegenüber Dritten nicht verloren. Das Armuthsgelübde hat nur gegenüber dem Gewissen und bezw. Orden, nicht aber auf dem civilen Rechtsgebiete Wirksamkeit. Die civile Rechtsfähigkeit wird durch den Eintritt in einen Orden keineswegs berührt." Zum Frieden zw. Staat u. Kirche, 63. Dies ist unrichtig und könnte nur bezüglich der ordensähnlichen Congregationen (vergl. später) behauptet werden. So heifst es z. B. in den Satzungen der Congregation der Schwestern unserer lieben Frau zu Coesfeld Abth. II. § 7: „Vor Allem ist sie aufmerksam zu machen auf die Strenge der h. Armuth, . . . wodurch sie alles Recht auf Eigenthum verliert. Vor den bürgerlichen Gesetzen behält sie dies Recht, ohne davon Gebrauch machen zu dürfen, als mit Gutbefinden ihrer General-Oberin." Hinschius, Die Orden und Congregationen, 81 Note u. S. 3 f. Vgl. auch Bouix, *tract. de iur. regul. I. 95 sqq.* Balley im Archiv 17, S. 16 f., 34. Hellmann, 7, 23 u. a. Die kirchliche Gesetzgebung hat sich jedoch rücksichtlich der Orden diese selbstverständliche Grenzlinie nie gezogen, und die weltliche Gesetzgebung hat seit Justinian nur zu sehr in diesem Sinne mitgearbeitet und die Theorie vom bürgerlichen Tod der Klosterleute verewigt, ohne freilich hierin immer consequent zu sein. Die canonischen Bestimmungen von der Incapacität der Religiosen, worüber am besten Hellmann Aufschlufs giebt, sind Bestandtheile des gemeinen Rechts, und es war nur eine verkehrte Aufmerksamkeit des preufsischen Gesetzgebers, dafs er im A. L. R. II. 11 § 1199 „Mönche und Nonnen in Ansehung aller weltlichen Geschäfte als verstorben" und als „unfähig" erklärt, „Eigenthum oder andere Rechte zu erwerben, zu besitzen oder darüber zu verfügen." Uebrigens ist zu bemerken, dafs, wo die Privatrechtsunfähigkeit der Ordensleute nicht durch das weltliche Civilrecht ausgesprochen ist, die Gerichte die Eigenthumsfähigkeit derselben anzuerkennen haben. Die Gesetzgebung hierüber gebührt allein dem Staat, und falls dieser in Wahrung seiner sittlichen Aufgabe die Privatrechtsfähigkeit einzelner Klassen des Besondern ausspricht oder auch nur nicht ausdrücklich verneint, so kann demgegenüber das Kirchenrecht nicht derogiren, denn diesem fehlt die Competenz, und wenn Maas das mit den obigen Worten sagen wollte, hat er selbstverständlich unsere Zustimmung. Die Kirche mag unter gewissen Voraussetzungen einen Erwerb als unerlaubt bezeichnen und verbieten, sie darf ihn aber keineswegs mit Ungültigkeit behaften. Ebenso steht es der Kirche nicht zu, für sich neue Erwerbstitel zu schaffen, heifse er nun *„professio"* oder *„consecratio."*

„solatium habeat (sic!) dum vivit sufficiens, et res omnes sacrosanctum „asceterium seu monasterium pleno habeat dominio.“ [1]

Wie die Kirchen, so geniefsen auch die Klöster sogar besondere Vorrechte, sie sind privilegirte Personen. So bestimmt beispielsweise

l. 22 C. 1, 2: *„sancimus, res ad ... monasteria .. ex qualicunque „curiali liberalitate, sive inter vivos, sive mortis causa, sive „in ultimis voluntatibus habita, lucrativorum inscriptionibus „liberas immunesque esse.“*

l. 23 C. ib.: *„sancimus, si quis aliquam reliquerit hereditatem vel legatum „vel fideicommissum, vel donationis titulo aliquid dederit „vel vendiderit, sive sacrosanctis ecclesiis, sive ... mo„nasteriis ... relictorum vel donatorum vel venditorum eis „sit longaeva exactio, nulla temporis solita praescriptione „coarctanda.“*

An sämmtlichen citirten Stellen, die leicht zu vermehren sind, wird die Privatrechtsfähigkeit der Klöster vorausgesetzt; sie ist allüberall in Parallele gesetzt zu derjenigen der *ecclesiae*,[2] deren Rechtssubjectivität bereits durch Constantin begründet wurde, und wir dürfen daher annehmen, dafs die Eigenthumsfähigkeit der Klöster schon mit ihrer Entstehung gegeben war.

Wie die Klöster, so besitzen auch die kirchlichen Bruderschaften, Sodalitäten oder Fraternitäten den Persönlichkeitscharakter. Diese sind losere Laienverbindungen zur Beförderung bestimmter kirchlicher Zwecke, deren Realisirung die nicht durch Gelübde verbundenen Mitglieder keineswegs als Haupt- und Lebensaufgabe, sondern nach Art gewöhnlicher Vereine betreiben. Die Rechtsfähigkeit haben sie als christianisirte Rechtsnachfolger der

[1] Nach bayrischem Civilrecht kommt, wie eine oberstrichterliche Entscheidung v. 18. Juni 1856 unter Billigung von Roth (Bayr. Civilr. I. 198 N. 6) erklärt, den feierlichen Gelübden auf vermögensrechtlichem Gebiete ganz die Bedeutung zu, welche das canonische Recht damit verknüpft. (Blätter für Rechtsanwendung 26, S. 292—300 u. 362.) Dies ist der gemeinrechtliche Standpunkt.

[2] Ein Privileg des Bischofs Burgundofaro für Resbais v. 636 bestimmt: *„nullam potestatem ... habere debeat aliquid de eodem monasterio, sicut de parochiis aut ceteris monasteriis, muneris aliquid audeat sperare vel auferre“* (Dipl. II. 40). Weitere Urkundencitate bei Loening II. 637.

collegia religionis causa des römischen[1] wie des deutschen Rechts.[2]

Die Privatrechtsfähigkeit der Klöster darf nicht angezweifelt werden. Dafs diese im Verlauf der Zeit durch rechte und unrechte Mittel wie die Localkirchen[3] einen geradezu erdrückenden Reichthum anhäuften, in ihrer nicht selten bis ans Ekelhafte grenzenden Schlemmerei, Habsucht und Herzlosigkeit die Fühlung mit dem Volk und seinen Bedürfnissen immer mehr verloren und nur die Säcularisationsgelüste der Grofsen reizten, ist eine traurige Thatsache, die auch der Klosterfreund voll und ganz anerkennen mufs. Wir wollen gewifs keine Apologie der Säcularisation von 1803 schreiben und haben kein Wort zu ihrer Beschönigung, aber so viel ist klar: Grofs geworden durch die Armuth und in ihr zur ersten Macht erhoben, fanden die Klöster den Tod in ihrem Reichthum.

An Reformversuchen hat es zwar nie gefehlt, aber es dauerte selten lange, und man sah die strengere Richtung im Wettlauf mit dem befehdeten *regime*. Den lehrreichsten Belag giebt uns die Geschichte der Bettelorden, auf welche wir schon deshalb eingehen müssen, weil wir hier der einzigen Ausnahme von der Privatrechtsfähigkeit der Klöster begegnen.

§ 53.

Die rechtliche Stellung der Bettelorden.

Im 13. Jahrhundert, zu einer Zeit, wo die Klöster in der Schwelgerei und Sittenlosigkeit Bedeutendes leisteten, ins Leben gerufen, suchten der Franziskaner- und Dominikanerorden die bei dem Auftreten der Waldenser und Albigenser kennengelernte ideale

---

[1] l. 1 § 1 D. 47, 22.

[2] Wilda, Das deutsche Gildenwesen an vielen Stellen.

[3] Carl d. G. klagte schon, dafs die Geistlichen die schlechtesten Mittel nicht scheuten, um ihre Kirchen zu bereichern, dafs sie durch übermäfsige Schilderungen von dem Lohn der Freigebigkeit, durch Ausmalung der Schönheiten des Himmels und der Qualen der Hölle, Gläubige veranlafsten, zu Gunsten der Kirche selbst ihre Kinder zu enterben, dafs sie Zeugen zum Meineid verleiteten und einen frechen Reliquienhandel betrieben (Capit. a. 811 c. 5—7).

Macht einer totalen Ordensarmuth in besserer Anlehnung an die Lehre der Kirche für sich auszunutzen; nicht blofs die einzelne Ordensperson, sondern der Orden und das Kloster selbst wurde *bonorum incapax*. Diese Vermögensunfähigkeit *in communi et particulari* erlaubt das *Conc. Trid. sess. XXV. c. 3* nur noch den *„domibus fratrum sancti Francisci, Capucinorum et eorum qui Minorum de observantia vocantur.“* Sie ist aber, genau besehen, undurchführbar, und spricht ja auch der angeführte *canon* bezüglich der Mendicantenklöster von den *„redditibus propriis monasteriorum.“* Das erbettelte Vermögen[1] und die Klostergüter können doch nicht herrenlos sein, und so mufste man alsbald dazu schreiten, nachdem man in vermeintlicher apostolischer Einfachheit die natürlich sich darbietende Eigenthumsträgerschaft von der Hand gewiesen hatte, durch eine Hinterthür eine künstliche Rechtsträgerschaft einzuführen. Clemens IV., Sixtus IV. und Alexander VI. ertheilten Indulte,[2] und der Eingang von c. 1 Clement. 5, 11 charakterisirt die Verlegenheit in drastischer Weise. Der *liber sextus* enthält eine Decretale des Papstes Nicolaus III., welcher im Anschlufs an Innocenz IV. dem Mendicantenvermögen die *„ecclesia Romana“* als Rechtssubject supponirt.[3] So beruht

---

Vgl. auch Hefele, Conciliengesch. IV. 26. *Cap. Aquisgran. 811 c. 10* (Pertz, leg. I. 167). Es mufs jedoch rühmend anerkannt werden, dafs die Concilien redlich bemüht waren, diesem Unfug zu steuern. Das Concil v. Mainz v. 813 c. 6 verbot wiederum den Bischöfen, solche Legate anzunehmen, durch welche die Kinder enterbt und hilflos würden, was schon Augustinus *(serm. 355 c. 3 sq.; ep. 262 ad Ecidiam)*, Ambrosius *(Expos. Evang. sec. Luc. VIII. c. 77)*, Hieronymus *(ep. 52 ad Nepotianum)* verurtheilt hatten.

[1] Dürrschmidt, die klösterl. Genossenschaften in Bayern 81 N. 1, berichtet von einer Klosterfrau, welche nicht weniger als 20 000 fl., und von einer Generaloberin, welche während ihres Noviziats 17 000 fl. gesammelt habe. Derselbe theilt S. 91 mit, dafs die bayr. Franziskanerprovinz 1766—1768 die Summe von 385 857 fl. 4 kr. eingenommen und in einem Jahre 19 794 fl. ins Ausland, zumeist nach Rom, geschickt habe.

[2] Manz, *tractatus de testamento valido et invalido tit. IV. § 160 u. 170.* Julius Clarus, *receptae sententiae § testamentum Nr. 3.*

[3] c. 3 in VI°. 5, 12: *„ad haec quum fratres ipsi nihil sibi in speciali acquirere vel eorum ordini possint etiam in communi, et quum aliquid propter Deum ipsis offertur, conceditur vel donatur, ea, si secus non exprimat, offerentis, concedentis vel donantis, verisimiliter credatur intentio* (es gilt also als *praesumtio) ut rem huiusmodi oblatam, concessam vel donatam perfecte concedat,*

das Heroische der vermögensrechtlichen Stellung der Mendicantenklöster darin, dafs sie die Gesammtkirchentheorie verwirklichen, dafs sie also das thun, was heute eine gewisse Richtung für das ganze Kirchengut als verfassungsmäfsige Nothwendigkeit verlangt. Uebrigens blieb diese Decretale nicht unangefeindet, und der Papst verhängte infolgedessen mehrfach den Bann. Auch dem Papst Clemens V.[1] war wiederum von den Mendicanten die Frage vorgelegt worden „*an liceat ipsis de bonis ingredientium quicquam recipere, si donetur.*" Der Papst antwortete: ja, mit dem Zusatz: „*cavere tamen in acceptatione oblatorum talium decet fratres, ne ex receptorum quantitate notabili praesumi possit sinister oculus contra ipsos.*" Was die Eigenthumsfrage aber betrifft, so erwähnt und billigt er von neuem die Entscheidungen seiner Vorgänger: „*proprietatem et dominium in se et Romanam ecclesiam receperunt.*" Johannes XXII.[2] erwähnt ebenfalls noch einmal diese Entscheidung; sein juristischer Sinn sagt ihm aber, dafs die bis dahin übliche Construction eines blofsen *usus* der Mendicanten an den *res mobiles* und insbesondere den *consumtibiles* unhaltbar sei:[3] „*Quis enim simplicem usuarium dicere*

---

donec auferat a se abdicet, ac in alios transferre cupiat propter Deum, nec sit persona, in quam loco Dei congruentius huiusmodi rei dominium transferat, quam sedes praefata vel persona Romani Pontificis vicarii, qui pater est omnium et fratrum Minorum nihilominus specialis: ne talium rerum sub incerto videatur esse dominium, quum patri filius suo modo, servus domino et monachus monasterio res sibi oblatas, concessas vel donatas acquirant: omnium utensilium et librorum ac eorum mobilium praesentium et futurorum, quae et quorum usumfructum scilicet ordinibus vel fratribus ipsis licet habere, proprietatem et dominium, quod et felicis recordationis Innocentius Papa IV. praedecessor noster fecisse dignoscitur, in nos et Romanam ecclesiam plene et libere pertinere hac praesenti constitutione in perpetuum valitura sancimus" etc.

[1] *c. 1 Clement. 5, 11.*

[2] *Extrav. Jann. XXII. 14 c. 3.*

[3] Anderer Ansicht v. Poschinger, 227 N. 7: „Uebrigens dürfte wohl kein Jurist Bedenken tragen, Eigenthum ganz wohl von dem Genufsrechte der durch Verzehrung verbrauchbaren Sachen getrennt zu behandeln. Es ist derselbe Fall, als wenn der Papst einen Kapuziner alle Tage zu Tisch bittet und ihm Speisen vorstellt, die jener verbraucht resp. verzehrt." Dies ist ein Irrthum: die Einladung zum Diner ist juristisch eine Offerte zur Schenkung, deren Inhalt durch die gesellschaftliche Sitte genau bestimmt ist. Durch die Annahme-

„*poterit, cui rem usuariam licet permutare, vendere ac donare? Procul* „*dubio haec naturae repugnare noscuntur, nec ad usuarium pertinere,* „*quae tamen de rebus mobilibus antedictis faciunt fratres ipsi . . . Dicere* „*siquidem, quod in talibus rebus usus iuris vel facti, separatus a pro-* „*prietate rei seu dominio, possit constitui, repugnat iuri et obviat* „*rationi . . . Quod nequaquam potest in rebus usu consumptibilibus* „*reperiri, in quibus nec ius utendi, nec usus facti, separata a rei pro-* „*prietate seu dominio possunt constitui vel haberi.*“ Es ist aber im höchsten Grade bezeichnend für das Streben der Curie, die Continuität mit der Vergangenheit zu erhalten, dafs Johannes, weil er die Negirung des Eigenthums der Mendicantenklöster bezüglich ihrer *res mobiles* für sinnwidrig und unjuristisch hält, dieselbe bei seinen Vorgängern nun auch nicht finden will: „*nec praedecessoris* „*nostri praedicta fuisse videtur intentio, Romanae ecclesiae talium bonorum* „*dominium reservare. Quis enim sanae mentis credere poterit, quod intentio* „*fuerit tanti patris, unius ovi, seu casei, aut frusti panis et aliorum usu* „*consumptibilium, quae saepe fratribus ipsis ad consumendum e vestigio* „*conferuntur, dominium Romanae ecclesiae et usum fratribus retinere?* „*Profecto probabile non videtur.*“ Es ist nur zu bedauern, dafs es dem Papste nicht ebenso sehr „*sanae mentis*“ schien, die ganze Spielerei zu beseitigen: das Ideal der evangelischen Armuth sollte nicht die rechtliche Vermögensunfähigkeit, sondern die thatsächliche Vermögenslosigkeit und Bedürfnifslosigkeit sein: in letzter Beziehung war es aber oft recht schlecht bestellt.

Es entwickelte sich auch nach c. 3 in VI⁰. 5, 12 die neue Theorie, das Eigenthum verbleibe dem Geber.[1] Einen andern Ausweg weist die Entschliefsung des bayr. Staatsministeriums des Innern für Kirchen- und Schulangelegenheiten v. 2. October 1848,[2] — allerdings nicht

erklärung des Eingeladenen wird der Schenkvertrag perfect, und durch die vom Gast bei Tafel vollzogene Ausscheidung gewinnt derselbe Eigenthum: was er also verzehrt, verzehrt er als Eigenthümer.

[1] Gieseler, Kirchengesch. II. 3, S. 197. Gierke, I. 434.

[2] Döllinger, Verord. Sammlung 23, S. 317. Das empfiehlt auch Silbernagl, Verfassung und Verwaltung, 1870, S. 96. Noch einfacher und juristisch am correctesten wäre es, wenn das Klostergut als Stiftungsgut errichtet und die Rentenbezüge an den Klostersyndicus abgeliefert würden. Wir sehen aber nicht, dafs die Praxis zu diesem Mittel gegriffen hätte.

ganz im Einklang mit der von Innocenz genehmigten und von Honorius III. bestätigten Regel des h. Franciscus (für die niederen Brüder):[1] — „Weil ein Franciscanerkloster nach canonischem wie vaterländi-„schem Rechte[2] weder eigenthums- noch besitzfähig“ sei, solle „ein „Dritter . . als Eigenthümer und Besitzer eingetragen, dieser aber „in seinem angeblichen Eigenthume in einer Weise beschränkt „werden, dafs er zum Schaden des Klosters nichts vorzunehmen „vermöge.“ Die neueste Praxis steht auf dem Standpunkt, der als Compromifs zwischen Clemens V. und Johannes XXII. angesehen werden darf, dafs bezüglich des »Nöthigsten« die Eigenthumsfähigkeit zu bejahen sei. So gestatten den »armen Franciscanerinnen« ihre Statuten (v. 10. März 1857, § 39, autographische Handschr. der Staatsbibliothek zu München) so viel „an Gebäulichkeiten und Land zu besitzen, als zur Ausübung des Ordenszwecks nothwendig ist.“ Hierzu werden aber nicht blofs Gärten, Felder und Ställe gerechnet (§ 88), sondern der Orden betrachtet auch „die Früchte des Vermögens einer jeden einzelnen Schwester, sowie Geschenke und Vermächtnisse als eine weitere Quelle, um daraus nach Gottes Willen zur Erreichung des Ordenszwecks zu schöpfen“ *(sic!)*[3].

Was unsere Ansicht betrifft, so haben wir für alle diese Künsteleien[4] keinen Sinn, und möchten nur hoffen, dafs eine

---

[1] c. 4 „Ich gebiete strenge allen Brüdern, dafs sie auf keine Weise Münze oder Geld annehmen, weder in eigener, noch durch eine Mittelsperson.“ c. 5 „In Ewigkeit fest stehe euer Wille, nie ein Besitzthum auf dieser Erde zu haben.“ Stockner. Regel u. Testament des h. Vaters Franziskus; 11 ff.

[2] Bayr. L. R. III. 1 § 3: „Die Mendicantenklöster, welche nicht *bonorum capaces* sind.“ Kreittmayrs Anm. zu L. R. II. 2 § 3 und zu III. 3 § 12, 6: „Die Bettelorden sind weder *in communi*, noch *particulari* eines Eigenthums oder anderer Rechte und Gerechtigkeiten im Geringsten fähig. Es kann ihnen also durch letztwillige Dispositionen weder directe noch indirecte und fideicommifsweise etwas verschafft werden, und wenngleich der Erbe *sub hoc onere* instituirt und obligirt wird, so können sie ihn doch nimmermehr hierum belangen, auch das Verschaffte andergestalt nicht denn almosenweise von ihm annehmen.“

[3] § 42, 43, 116. Dürrschmidt, 81 N. 1.

[4] In seinen allerdings vorurtheilsvollen „Vorlesungen über die Geschichte der Mönchsorden,“ sämmtl. Werke X. 87, gebraucht Spittler den drastischen Ausdruck, die Mendicantenorden machten es „wie die Soldaten unter den Thoren von Berlin (?), sie liefsen sich das Almosen nur in den Sand werfen.“

baldige Klosterreform, welche wir vor Allem im wohlverstandenen Interesse der um unser Vaterland so hochverdienten Klöster selbst wünschen, mit dem alten Zopf aufräumt. Mit der Negirung der Privatrechtsfähigkeit des Verbandes wie des Verbandsmitglieds ist die rechtliche Grundlage für eine vernünftige und widerspruchsfreie Daseinsform für beide verneint,[1] also mufs sie beseitigt werden. Für den systematischen Bettelbetrieb schliefslich, den sämmtliche Culturstaaten vernünftiger Weise unter Polizeistrafe stellen, können wir uns am allerwenigsten begeistern.[2]

§ 54.

2. Die Rechtsfähigkeit des Local-Ganzen.

Es entsteht die Frage: Besitzt schon das einzelne Kloster, die einzelne Niederlassung, Privatrechtssubjectivität, oder aber inhärirt dieselbe nur dem ganzen oft weitverzweigten Ordensganzen?

Diese Frage konnte anfangs gar nicht entstehen. Jedes Kloster war ursprünglich, wie es Gierke einmal treffend bezeichnet, der an

---

[1] Wir freuen uns, selbst in dem Jesuiten Lehmkuhl einen Gesinnungsgenossen zu finden: „Ohne zeitlichen Besitz können Ordenspersonen ebenso wenig leben, als andere Menschen. Zur vollkommenen Uebung und Reinerhaltung der evangelischen Armuth aber, welche, vom Heiland angepriesen, nie aus seiner Kirche verschwinden wird, ist es, wenn nicht nothwendig, so doch höchst dienlich, dafs nicht die einzelnen Personen Träger des zeitlichen Besitzes seien. Dann bleibt aber nichts übrig, als die Genossenschaft als ein von den einzelnen Mitgliedern unterschiedenes Rechtssubject hinzustellen" (Stimmen aus Maria Laach VIII. 440 f.).

[2] Für das Deutsche Reich vgl. R. St. G. B. § 361. So schon das bayr. Polizeistrafgesetzbuch v. 1861 art. 89. Der Cultusminister v. Lutz erklärte aber durch Entschliefsung v. 3. Juli 1870, dafs die Mendicanten nur einen ihnen „gestatteten Erwerbszweig" betreiben. (Riedel, das Polizeistrafgesetzb. für Bayern v. 26. Decbr. 1871, S. 98 N. 2.) Das ist ohne Zweifel richtig; man wird aber selbst beim klosterfreundlichsten Sinn die Erwägung nicht abweisen können, dafs ein Institut, welches den Bettel zum Erwerbszweig macht, nicht mehr recht in den Staat pafst, welcher den Bettel mit Strafe bedroht. Das sollte die Curie bedenken und reformiren; die Institution selbst kann dabei nur gewinnen. Dürrschmidt, die klösterl. Genossensch. 91[1], berichtet, dafs auch das Ordinariat zu Passau „einst an die seiner Diöcese angehörigen Mendicantenklöster unter Androhung der Handanlegung an die sammelnden Mendicanten das Verbot der Almosensammlung ergehen liefs."

eine „Stätte gebundene Fronhof eines bestimmten Heiligen;“ [1] ein juristischer Zusammenhang zwischen mehreren Klöstern bestand nicht. [2] Die centralisirende Richtung des Mittelalters hat aber auch hier ihren Einfluſs geltend gemacht, freilich ohne eine privatrechtliche Verschmelzug zu erzielen oder vielleicht auch nur zu wollen. Das oben gekennzeichnete Sonderstellungsprincip wurde nicht so sehr durch die mitunter zwischen verschiedenen Klöstern geschlossenen Fraternitäts- und Cartellverträge, von welchen Gierke I. 292 N. 34 Belege giebt, als durch die Einheitsbestrebungen der Cluniacenser im 10. Jahrhundert durchbrochen: Die einzelnen (etwa 100) Benedictinerklöster bekamen nur einen *proabbas* und standen unter der Oberleitung des Abtes von Clugny, der sein Recht insbesondere durch jährliche Visitationen ausübte. Die Cistercienser dagegen führten wieder die Aebte als Ordinarien ein, aber es vereinigten sich zu bestimmten Zeiten die Aebte zu Generalcapiteln. Das vierte Lateranensische Concil v. 1215 gab diesem Princip seine systematische Durchbildung und ordnete eine Reform sämmtlicher Klöster in diesem Sinne an: *„advocent autem caritative in huiusmodi novitatis primordiis duos Cisterciensis ordinis vicinos abbates ad praestandum sibi consilium et auxilium opportunum, cum sint in huiusmodi capitulis celebrandis ex longa consuetudine plenius informati,“* [3] gleichzeitig wurde die Bildung von Orden anderer Richtung verboten. [4] Es vollzieht sich von jetzt an eine immer schärfere hierarchische Gliederung, die dann ihren Abschluſs in dem Institut des Ordensgeneralats fand.

Man würde aber irren, wenn man aus diesem hierarchischen Aufbau eine civilrechtliche Eigenthumsverschmelzung herleiten wollte. Wie aus der dogmatischen und publicistischen Einheit der Kirche kein privatrechtliches Gesammteigenthum gefolgert werden darf, so begründet auch die unter einem gemeinsamen Oberen gebildete Ordensmonarchie kein Gesammteigenthum des Ordens. Die einzelnen Klöster sind keine *stationes,* sondern vollberechtigte Eigenthumsträger, wie ja auch selbst in öffentlich-rechtlicher Beziehung

---

[1] I. 291.

[2] Joh. Cassian, *Instit. Coenob. II. c, 2: „Tot propremodum typos ac regulas usurpatas vidimus, quot monasteria cellasque conspeximus.“*

[3] c. 12 (c. 7 X. III. 35).

[4] c. 13 (c. 9 X. III. 36).

das *conc. Trid. sess. 25. c. 7* die verschiedenen Klöster desselben Ordens als selbständig betrachtet.[1] Die neueren gemeinrechtlichen Normirungen kennen, wie die Justinianeische Gesetzgebung, nur ein Eigenthumsrecht der Klöster, von einem Eigenthum der aus den einzelnen Klöstern bestehenden Orden ist nie die Rede. Die gegentheilige Annahme würde ohnedies erhebliche praktische Schwierigkeiten bieten: Ist der Orden das Rechtssubject der Klostergüter, so sind wir bezüglich des Forums sowie des anzuwendenden Rechts oft auf das Ausland angewiesen, abgesehen davon, dafs es dem Staat juristisch unmöglich ist, einem ausländischen Willensträger durch seine Anerkennung den Charakter einer Person zu verleihen. Bezüglich des infolge des Edicts vom 30. October 1810[2] aufgelösten Deutschen und Maltheserordens scheint das preufsische A. L. R.[3] allerdings eine Ausnahme zu machen, indem es dem Ordensganzen „die Rechte der geistlichen Corporationen“ garantirt. Der Zusatz jedoch, dafs sie diese Rechte nur „bey ihren innerhalb der Königlichen Staaten zu betreibenden Geschäften oder Angelegenheiten“ geniefsen, zeigt, dafs nicht der Orden schlechthin, sondern nur der Orden in Preufsen die Rechte einer Person geniefst.

Verschieden von den Orden sind die Congregationen. Letzterer Ausdruck, soweit wir sehen, zuerst in besonderer Weise für die Benedictinerverbände (Cluniacenser, Camaldulenser, Cistercienser und Carthäuser) verwandt, bedeutet die losere, ordens- und klosterähnliche Vereinigung; heute sieht man in ihm gemeinhin den *terminus technicus* für das geistlich-körperschaftliche Seitenstück der Orden,[4] ohne dafs für die positive Formulirung Einstimmigkeit erzielt ist.

---

[1] Vgl. auch *de Luca (Card.), De regular. discr. I. nr. 12.* Schels, die neueren relig. Frauengenossenschaften, 7 f.; S. 59: „Hatte nun ein Kloster im Laufe der Zeit so viele Zweige getrieben, dafs daraus eine Congregation oder ein Orden sich bildete, so gehörten diese alle zwar zu einem Ganzen, aber durch ihre Union wurde die Selbständigkeit der einzelnen nicht aufgehoben. Ihre Einigung hatte mehr den Charakter eines geistlichen Bündnisses, als den einer organischen Einigung . . . wir sehen in ihnen keine Gemeinsamkeit der Häuser und Personen.“ Vgl. auch Schulte, die neueren kath. Orden und Congregationen, 9.

[2] G. S. 32. — [3] II. 11 § 1070.

[4] Insbesondere Hinschius, die Orden und Congregationen, 3 f. und auf ihm fufsend Dürrschmidt, die klösterlichen Genossenschaften, 19 ff. In dem

Eine weitverbreitete, insbesondere auch durch Hinschius[1] vertretene Ansicht sieht den Unterschied darin, dafs man sich zur Ordenszugehörigkeit durch ein *votum solemne*, beim Eintritt in die Congregation durch ein *votum simplex* verpflichte. Diese Auffassung ist nach doppelter Hinsicht irrig: Die Philippiner oder Oratorianer und die gottseligen Arbeiter bilden eine Congregation, ohne sich auch nur durch ein einfaches Gelübde verpflichtet zu haben, und die bei den Dominikanerinnen, Salesianerinnen und Trappistinnen u. s. w. in Deutschland oder Frankreich abgelegten Gelübde gelten kraft päpstlicher Anordnung nur als *vota simplicia*, obgleich diese Körperschaften als Orden anerkannt sind, wie auch die Scholastiker der Gesellschaft Jesu mit nur einfachen Gelübden Ordensangehörige und wirkliche Religiosen sind. Die päpstliche Gesetzgebung trifft ihre Bestimmungen über das *votum*, ohne einen Causalitätszusammenhang zwischen der Natur des Gelübdes und dem Charakter der geistlichen Körperschaft anzuerkennen.

Eine andere Doctrin spricht sich dahin aus, dafs der Orden durch den päpstlichen Stuhl approbirt sein müsse, die Congregation hingegen nicht, und im Wesentlichen kommt ja auch Hinschius zu diesem Resultat, wenn er das Wesen des feierlichen Gelübdes darin erblickt, „dafs es in einer Genossenschaft abgelegt wird, welche die Approbation als Orden vom päpstlichen Stuhle erlangt hat.“[2] Wir haben nichts dagegen, wenn man das unterscheidende Merkmal des Ordens in die päpstliche Approbation legt; dabei ist jedoch Folgendes zu bemerken: Die Praxis des hl. Stuhls kennt eine vierfache stufenweise Anerkennung:[3]

---

preufsischen Gesetz, betr. die geistl. Orden und ordensähnlichen Congregationen der kath. Kirche, v. 31. Mai 1875 hat neben den inhaltlichen Vorschlägen von Hinschius auch dessen Terminologie Berücksichtigung gefunden. Bei Schels, die neueren relig. Frauengenossenschaften, ist diese technische Scheidung noch nicht vollzogen, vielmehr spricht sich hier der oben gekennzeichnete Gegensatz in der Unterscheidung der älteren und neueren geistlichen Genossenschaften aus, wogegen allerdings nichts einzuwenden ist. Wir folgen der Hinschius'schen Terminologie.

[1] a. a. O. 3 f. und im Koch'schen Commentar, 6. Ausg. IV. 526. Ferner Maas im Archiv 9, S. 27[4] mit Berufung auf Bouix und Mittermüller.

[2] a. a. O. 3; ferner im Koch'schen Commentar, 6. Ausg. IV. 526.

[3] Schels, 20.

1. Das *decretum laudationis,* worin einer gewissen religiösen Gesammtbethätigung Anerkennung gezollt wird.
2. Das *decretum approbationis primae,* wodurch die Ausnahmsstellung des Vereins ausgesprochen wird.
3. Das *decretum approbationis secundae,* wodurch die Regel gutgeheifsen wird.
4. Das *decretum approbationis tertiae,* wodurch der Ordenscharakter anerkannt wird.

Nur die letztere, die sog. canonische Approbation, verleiht dem geistlichen Verein die Ordenseigenschaft, während die dritte bereits den Charakter der Congregation begründet. Wir können daher sagen: das unterscheidende Merkmal zwischen Orden und Congregation liegt darin, dafs dort die päpstliche Approbation den Orden *(„institutum ipsum")*, hier aber nur die Regel umfafst. Die Bestätigung dieser Auffassung findet man in den Clauseln, welche dem *decretum approbationis secundae* angefügt zu werden pflegen: *„ceterum non intendimus per hoc Institutum ipsum in aliquo approbare"* oder *„citra tamen approbationem instituti seu conservatorii."* [1]

Was die juristische Structur anlangt, so ist zwischen den Orden resp. Klöstern und den Congregationen bezw. Congregationsniederlassungen ein erheblicher Unterschied. Die Congregationen bilden nämlich in ihrer noch so weiten Verzweigung eine geschlossene organische Einheit, eine einzige Familie mit monarchischer Verfassung; die hier überall aufgehobene *stabilitas loci* macht die Selbständigkeit der einzelnen Niederlassung zur Unmöglichkeit, und die lebendige Verbindung derselben offenbart sich in der Gemeinsamkeit der Personen wie des Vermögens, kurz in der Persönlichkeit der Congregation, oder auch schon des Mutterhauses. [2] Gerade das Letztere ist von Bedeutung, denn hierdurch beseitigen sich die oben an die territorialen Erweiterungen geknüpften Bedenken.

Wir haben in den Congregationen und Mutterhäusern einen ähnlichen Rechtszustand, wie er vor der Specialisirung des Kirchen-

---

[1] Schels, 12, 14 ff. Vgl. insbesondere die Belege S. 15 ff.

[2] Schels, 8 und die §§ 23, 24, 25.

gutes in den einzelnen Diöcesen bestand. Wie der Bischof damals die Geistlichen nach Belieben entsandte und zurückrief, und wie sich in seiner Hand die alleinige Vertretung und Verwaltung des gesammten Diöcesanvermögens vereinigte, so wird in den Congregationen Recht und Pflicht der Mitglieder, den Aufenthaltsort zu nehmen und zu verlassen, in willkürlicher Weise durch den Obern bestimmt; im Mutterhaus kommt die Privatrechtssubjectivität der Vereinigung zur Existenz, die Kassen der einzelnen Niederlassungen haben nur den Charakter der Stationen, und die Passivreste einer Niederlassung gehen auf das Institut über, sowie die Activüberschüsse derselben dem Ganzen zu Gute kommen.[1] Ein französisches Decret vom 18. Februar 1809 kennt daher (allerdings neben den Schenkungen an ein einzelnes Haus) Zuwendungen an die »Gesammtcongregation«,[2] und die Ministerialinstruction vom 17. Juli 1825[3] fordert „Annahme der freigebigen Verfügungen durch die Generaloberin“ und nur bei „unabhängigen Anstalten durch die Localoberin.“

Die Mutterhäuser erstrecken sich in der Regel nicht über das Staatsgebiet, übrigens ist auch in den einzelnen Niederlassungen vielfach dadurch eine privatrechtliche Sonderexistenz begründet, dafs Vermögenscomplexe hier nicht der Congregation oder der Niederlassung, sondern einem Specialträger, z. B. einer Hospital- oder Schulstiftung inhaeriren. Es sind beispielsweise in den letzten Jahrzehnten viele Stiftungen für Krankenpflege errichtet worden, wo Mitglieder von Congregationen Verwendung gefunden und sich ihren Regeln gemäfs organisirt haben. Hier erscheinen nach Aufsen die Hospitalgüter als Vermögen der örtlichen Niederlassung, gehören aber in Wirklichkeit weder dieser noch der Congregation noch dem Mutterhaus, sondern sind Eigenthum einer vielleicht sogar weltlichen Stiftung.

Der hier geschilderte privatrechtliche Gegensatz zwischen Orden und Congregationen darf als regelmäfsig bezeichnet werden, er hat die Bedeutung eines *naturale,* nicht eines *essentiale.* Wie im ganzen Ordens- und Congregationswesen, so zeigen sich auch hier die ver-

---

[1] Schels, S. 63.

[2] Dursy, das Staatskirchenrecht in Elsafs-Lothringen, I. 329.

[3] Dursy, I. 334.

schiedensten Schattirungen und eigenartigsten Ausprägungen. Es können Fälle vorkommen, wo die einzelne Congregationsniederlassung bereits Privatrechtsfähigkeit besitzt, während anderntheils nur der Gesammtorden als Rechtssubject auftritt; und es dürfte scheinen, dafs gerade in letzter Beziehung der Jesuitenorden, der die Selbständigkeit der einzelnen Häuser in gleicher Weise wie die Gebundenheit der einzelnen Mitglieder an ein bestimmtes Kloster verneint, eine Ausnahme macht. Diese Ansicht wird denn auch in dem Werke: „Abhandlung von dem Rechte der Jesuiten in Deutschland, 1773, § 10," vertreten und sogar eine bei Tamburin *in iure abbat. T. 3 p. 389* abgedruckte Entscheidung der römischen *Rota* ins Feld geführt. Hiergegen hat sich unter Andern insbesondere v. Poschinger[1] erklärt, der sich auf ein Reichshofrathsgutachten v. 16. November 1773 beruft. Die Jesuiten selbst würden offenbar die geeignetsten Kräfte sein, diese Controverse ihrer wissenschaftlichen Klärung entgegenzuführen.

§ 55.

3. Die juristische Natur der Rechtsträgerschaft der Klöster und Congregationen.

In Folgendem ist die Frage zu beantworten: sind die Klöster und Congregationen als Corporationen oder als Stiftungen (Anstalten, Institute) zu begreifen?

Wie selbst die neuesten Monographien, welche die rechtlichen Verhältnisse der Orden und Congregationen *ex professo* behandeln, über diese Frage hinwegkommen, möge folgende Zusammenstellung zeigen:

Schels betitelt sein Werk: „Die neueren religiösen Frauen-Genossenschaften nach ihren rechtlichen Verhältnissen;" in dem ersten Abschnitte mit seinen 79 §§ ist aber immer von »Fraueninstituten« die Rede, daneben sind die Bezeichnungen: „Anstalt,[2] Communität,[3] Ordensgemeinde[4] und Körperschaft"[5] vertreten.

[1] S. 228.

[2] S. 254 u. a. — [3] S. 21, 57.

[4] S. 1, 22, 195, 216, 241, 245, 252.

[5] S. 157, 189, 194, 195, 199, 210.

Er bezeichnet „die neuern Fraueninstitute als geistliche Körperschaften,“[1] um dann eine Seite später mit einem andern Autor[2] den Charakter des „corporativen Instituts“ zu betonen.

Bei Hinschius erscheinen die Orden und Congregationen gewöhnlich unter dem Gesichtspunkt der Genossenschaft oder der Gesellschaft, bei Dürrschmidt unter demjenigen der Anstalt oder Stiftung, nur vereinzelt als Körperschaft.

Hier ist überall von einem Gegensatz keine Rede, mit sämmtlichen Ausdrücken soll vielmehr dasselbe bezeichnet werden. Gitzler jedoch tritt mit Berufung auf Savigny (II. 243—245) bestimmt für den Stiftungscharakter der Klöster ein.[3] Gierke, der erste, welcher in seinen meisterhaften Untersuchungen über das „Deutsche Genossenschaftsrecht“ unserer Frage sein Interesse zugewandt hat, urtheilt bezüglich der „klösterlichen Genossenschaften“: „Wenn ihre „Unterstellung unter den Corporationsbegriff auf keinerlei „Schwierigkeit stiefs, so wurden sie doch um ihrer corporativen Ver„fassung willen nicht weniger als kirchliche Anstalten vorgestellt „und in jeder Hinsicht den einer corporativen Verfassung entbehren„den Kirchen als vollkommen gleichartige Verbandssubjecte zur Seite „gestellt.“[4] Er vertritt im Folgenden die Ansicht, dafs die vorerst nur als Anstalt vorgestellte Körperschaft später eine wirkliche Anstalt wurde, wie er sich ja auch schon im 1. Bande dahin ausgesprochen hatte, dafs seit dem späteren Mittelalter die Klöster keine Genossenschaften mehr, sondern „kirchliche Anstalten mit gesellschaftlicher Verfassung“ seien.[5] Es interessirt an dieser Stelle, dafs auch in dem römischen Concordatsentwurf für Bayern, welcher am 20. Septbr. 1806 dem bayr. Bevollmächtigten in nicht amtlicher Weise mitgetheilt wurde, in kluger Zurückhaltung die Klöster keine ausdrückliche Erwähnung fanden, aber ihre Wiedereinführung unter

---

[1] S. 255.

[2] Das Recht der Kirche und die Staatsgewalt in Bayern, 1852, S. 204.

[3] Preufs. K. R. 314[2] und 311.

[4] III. 119.

[5] S. 293. Nach Gierke (III. 119 N. 20) soll auch Loening (I. 332—361) „die allmähliche Umwandlung der Klöster aus freien Genossenschaften in kirchliche Institute“ befürwortet haben; wir können aber davon nichts finden.

dem Stiftungsbegriff *(„quarumcunque piarum fundationum“)* verschleiert werden sollte.[1]

Wir können weder der Auffassung Gitzlers noch derjenigen von Gierke beistimmen und halten die Klöster und Congregationen für Corporationen,[2] wie wir auch oben schon gegen Gierke den Corporationscharakter der Domcapitel vertheidigt haben.

Gierke meint bezüglich der Justinianeischen Gesetzgebung: „als „technische Bezeichnung des berechtigten und verpflichteten Subjects „begegnen die Worte *monasterium, monachium, asceterium* u. s. w., „nicht *collegium, conventus, congregatio* u. s. w.“[3] Diese Meinung ist irrig. In l. 57 (55) C. 1, 3 wird das *monasterium* unter der technischen Bezeichnung *„corpus“*[4] begriffen, in l. 22 C. 1, 2 wird es *„consortium“*[5] genannt, in Nov. 7 c. 1 *„coetus“*,[6] in Nov. 7 *„collegium“*,[7] u. s. w. Rechtlich wurden die Klöster zweifellos unter die Kategorie der *„collegia religionis causa“* gebracht (*l. 1 § 1 D. de collegiis et corporibus, 47, 22)*, und wir stimmen Loening bei: „Es liegt kein Grund vor, diese Bestimmung nur als eine von „Justinian aufgenommene antiquarische Notiz zu betrachten. War „sie auch zunächst nur auf die heidnischen Bruderschaften u. s. w. „berechnet, so bezog sie sich doch später auf die religiösen Genossen„schaften der chr. Zeit, d. h. eben auf die Klöster.“[8]

Aber wir begründen hiermit keinen Corporationscharakter. Denn es ist oben nachgewiesen worden, dafs die Justinianeische Gesetzgebung den Siftungsbegriff noch nicht besonders formulirt hatte, sondern ihm nur in technischer Anlehnung an die Corporation eine virtuelle Existenz gab. Es ist daher wohl möglich, dafs die

---

[1] Dürrschmidt, die klösterl, Genossensch. v. Bayern, 5.

[2] Vgl. darüber Braun, 41, Hübler, 45 und Poschinger, 221 f.

[3] III. 119 N. 22.

[4] *„monasteriorum, sive virorum sive mulierum, aut aliorum talium corporum.“*

[5] *„res ad . . . monasteria . . . vel si quid aliud tale consortium.“*

[6] *„abbas vel abbatissa, aut quivis alius, qui sacris coetibus praeest, licentiam habeat rem immobilem vel aedificia vel agros, vel hortos vel id genus alia alienandi.“*

[7] *c. 6: „monasterii aut asceterii, aut reliquorum sacrorum collegiorum.“ c. 12: „monasteriis . . . vel aliis sacris collegiis.“*

[8] I. 352[1].

hier gebrauchten Benennungen der Ausdruck für eine wirkliche Körperschaft sind, es ist aber auch nicht ausgeschlossen, dafs sich hierunter nur der Anstaltsgedanke verbirgt.

Dafs der Corporationsbegriff wenigstens anstaltlich zugespitzt ist, unterliegt keinem Zweifel. Die angeführten wie viele andere Stellen enthalten die Bestimmungen über die *ecclesiae* einerseits und ihre *annexa* andererseits, als welche beispielsweise aufgezählt sind: *monasteria, xenodochia, ptochia, sive ptochotrophia, nosocomia.* Die *ecclesiae* werden immer besonders erwähnt, die *annexa* aber oft durch einen Collectivbegriff zusammengefafst. So spricht Nov. 7 c. 2 von „*ecclesiis reliquisque sacris domibus et collegiis*", *c. 3 ib.* von der „*sanctissima ecclesia reliquisque omnibus venerandis domibus,*" *c. 12 ib.* von „*ecclesiis vel venerabilibus domibus.*" Dafs unter den hier genannten *domus* insbesondere die *monasteria* verstanden sind, sieht man deutlich an dem zuletzt citirten Canon, wo als *domus venerabiles* nachher aufgezählt sind: *monasteria, xenodochia et nosocomia,* desgl. aus Nov. 120 c. 1 pr. und c. 6 pr.

Die *monasteria* sind *collegia,* aber sie erscheinen bereits anstaltlich gefärbt. Dafs sie wahre Körperschaften waren und heute noch sind, ersieht man an ihrer Verfassung. Sie sind allerdings keine Genossenschaften mit absoluter, freier Selbstbestimmung, vielmehr sind sie wie alle kirchlichen Communitäten nur Träger eines fremden Gedankens. Im Uebrigen ist die Selbständigkeit der klösterlichen Verbände innerhalb des kirchlichen Organismus schärfer ausgeprägt als diejenige der Domcapitel. Die specifische Ordenstendenz und klösterliche Verfassung wird nicht durch die Kirchengewalt, sondern durch die Stifter gegeben, und so bildet das Kloster eine in hohem Grade von der Kirchenbehörde unabhängige, zu einer selbstgewollten Lebensbethätigung freiorganisirte Gemeinschaft. Aber auch wenn wir das Verhältnifs der Mitglieder zum klösterlichen Verbandsganzen betrachten, ist der Corporationscharakter nicht zu verkennen. Der Ordensgeneralat, Provincialat u. s. w. hebt ebenso wenig die corporative Selbständigkeit der einzelnen Klöster auf, als die bischöfliche Jurisdictionsbefugnifs durch die päpstliche Gewalt vernichtet wird, und die Stellung des Localobern (Abt, Superior etc.) ist nicht absolut, sondern immer durch die Gesetze und vielfach durch den Convent oder das Capitel gebunden.

Abt wie Capitel aber sind die in verfassungsmäfsiger Weise freigewählten Vertreter der Gemeinschaft, keineswegs aber eine aufoctroyirte Behörde der kirchlichen Hierarchie, und es ist juristisch ganz irrelevant, dafs diese Vorsteherschaft nach der kirchlichen und insbesondere klösterlichen Gehorsamstheorie mehr als göttliches Vicariat, denn als eine ihres Ursprungs bewufste Wahlherrschaft erscheint. Uebrigens werden die Kloster- und Ordensvorstände nur auf bestimmte Zeit gewählt, und machen blofs die Jesuiten eine Ausnahme, deren Ordensgeneral auf Lebenszeit gewählt wird und selbst alle übrigen Oberen ernennt;[1] die Jesuiten nehmen übrigens auch in erbrechtlicher Beziehung eine singuläre Stellung ein.[2]

Aus den oben entwickelten Gründen sind wir auch für den Corporationscharakter der Congregationen und kirchlichen Fraternitäten. Nichtsdestoweniger treffen wir hier seltener ein wirkliches Corporationsvermögen vor; Unsicherheit der Rechtslage und andere Verhältnisse haben vielmehr oft dazu geführt, das hierfür gewidmete Vemögen auf fremden Namen zu schreiben[3] oder als Stiftungsgut zu gestalten. So heifst es beispielsweise in den Motiven zum preufsischen Klostergesetz v. J. 1875: „Uebrigens mag noch bemerkt „werden, dafs, soweit sich die Sachlage jetzt übersehen läfst, der „gröfste Theil der Niederlassungen keine Corporationsrechte und „also auch kein Vermögen besitzt, über dessen Schicksal das vor„behaltene Gesetz Bestimmungen zu treffen hätte. Entweder stehen „die zum Unterhalt und zum Vortheil der Mitglieder verwendeten „Vermögensmassen, einschliefslich der Realitäten, im Privateigenthum „einzelner Mitglieder, mitunter auch im Eigenthum von Bischöfen, „Pfarreien und Communen, oder es handelt sich um ein mit selbst„ständiger juristischer Persönlichkeit ausgestattetes Stiftungsgut.“[4] Die Anerkennungsfrage beantwortet sich hier wie bei den Stiftungen.

---

[1] Phillips, Lehrb. 3. Aufl. 778.

[2] Hellmann, 20, 80, 101, 110.

[3] Vgl. auch Schulte, die Macht der römischen Päpste, 31: „Was ein Mitglied ihm (dem Orden) zuwenden will, behält es, darf aber darüber nur mit Zustimmung, d. h. praktisch nach Weisung des Oberen verfügen . . . Gegen den civilrechtlichen Eigenthümer sichert man sich durch ein Instrument beim Eintritt, oder dadurch, dafs mehrere Mitglieder es kaufen, Erbe werden, mit Clauseln, welche die Dispositionsfreiheit des Einzelnen beheben.“

[4] S. 217. Motive, S. 11.

H. Die Eigenthumssubjectivität der **kirchlichen Stiftungen.**

§ 56.

Entwicklungsgeschichtliches.

Die ersten Stiftungen: Diaconien, Hospitien, Hospitäler oder Xenodochien etc. dienten trotz ihrer einseitigen Benennung in der Regel allen christlichen Gemeinzwecken: der Beherbergung der Fremden, Pflege der Kranken, Aufnahme der Armen, Waisen, Findelkinder, Greise, Wöchnerinnen und bufsfertigen Buhlerinnen.[1] Binterim und Hefele behaupten, dafs schon die Heiden Krankenhäuser gehabt hätten, diese Ansicht ist aber nach den Ausführungen von Häser,[2] denen sich nunmehr auch Ratzinger[3] angeschlossen hat, unhaltbar. Die Hospitäler wurden von den Heiden als etwas ganz Neues angestaunt, und erst Julian veranlafste die Errichtung von heidnischen Hospitälern, um den christlichen Anstalten Concurrenz zu machen.[4]

Die Hospitäler verdanken ihren Ursprung der christlichen Liebe, die zur Zeit des gröfsten socialen Elends ihre volle Lebenskraft entfaltete und das Problem löste, das heute zu lösen Niemand mehr gelingen will. Anfangs nur in der Bischofsstadt und in Verbindung mit den Klöstern, fand man sie später auch auf dem Lande und alsbald fast in jeder Pfarrei;[5] und nicht damit zufrieden, den Hospitaliten liebende Fürsorge zuzuwenden, drang der christliche Spürsinn in das Innere der Wohnungen und belauschte dort das verschämte Elend an seiner eigensten Stätte: Es wurden Matrikeln für alle Bedürftigen angelegt[6] und die *matricularii* in der liebevollsten Weise unterstützt und gepflegt. Die christliche Armenpflege bis zum späteren Mittelalter, ihre ganze Organisation

---

[1] Ratzinger, Geschichte der kirchl. Armenpflege, 1868. S. 92, 96 ff.

[2] Geschichte christlicher Krankenpflege und Pflegerschaften, 1857. S. 3 ff.

[3] a. a. O. 92 N. 3.

[4] *Ep. ad Arsac. ap. Sozom. V. 16.*

[5] Ratzinger, 80, 94, 96, 160, 162, 166, 204.

[6] Ratzinger, 50, 57, 81, 82, 156, 199.

und Leistungsfähigkeit ist das hervorragendste Zeugnifs für die sittliche und sittigende Bedeutung der Kirche, und wir bedauern, in Rücksicht auf den Rahmen unseres Themas dem Zuge unseres Herzens nicht folgen und diese Gedanken nicht des Weiteren ausführen zu können.

Die Rechtssubjectivität der Hospitäler steht aufser allem Zweifel. Damit soll jedoch nicht gesagt sein, dafs jedes Hospital die Rechtsträgerschaft seiner Güter wirklich in sich selbst haben müsse. Dafs es Rechtssubject des Hospitalvermögens sein kann, ist eine Rechtsfrage und als solche zu bejahen, dafs es dasselbe wirklich sei, eine factische Frage, die sich nach den concreten Verhältnissen beantwortet. Der heute vielfach vorkommende Fall, dafs Anstaltsgüter im Eigenthum einer fremden Person, eines Privaten, einer Commune, des Staates sind, ist auch in anderer Weise schon vorgekommen, zumal vor der Specialisirung des Kirchenguts, wo die Hospitäler gewöhnlich dem Diöcesangütercomplex zuzählten, von der Bisthumspersönlichkeit getragen wurden und von dort her ihre Bezüge und Verwaltung erhielten.[1] Erst die Theilung und Verselbständigung der Kirchengüter in Verbindung mit der Rechtsgewohnheit, Hospitäler wie Pfarrkirchen fest zu dotiren, machten die Regel zur Ausnahme und die Ausnahme zur Regel.

Wir haben bereits oben[2] darauf hingewiesen, dafs der Stiftungsbegriff ein Erzeugnifs des christlich-römischen Rechts ist. Derselbe hat dann lange Zeit hindurch unter einer fremden Hülle ein zwitterhaftes Dasein geführt, bis er endlich dieselbe durchbrach und als eigenartiges und in dieser Eigenartigkeit fertiges Wesen eine selbstständige Daseinsweise fand. Die frommen Stiftungen resp. Anstalten wurden als „*ecclesiae*“ in das Rechtsleben eingeführt. Placentinus erklärt die „*pluralitas*“ in der Titelrubrik „*de s. s. ecclesiis*“ damit, dafs nicht blofs von der römischen Kirche, sondern

---

[1] Besondere Armenfonds gab es in der älteren Zeit gewifs sehr wenige. Es war auch nicht nöthig, denn, was Augustinus in der *ep. 50 ad Bonifacium* von dem Kirchengut sagte: *non sunt nostra sed pauperum,* ist Wahrheit gewesen; das Kirchenvermögen ward nicht blofs *patrimonium pauperum* genannt, sondern diente in Wirklichkeit auch vorherrschend nur Armenzwecken. Dies bezeugt die vortreffliche Schrift von Ratzinger auf jeder Seite.

[2] S. 118.

von allen Kirchen gehandelt werde, und fährt dann fort: „*vel forte ideo titulat plurative, quia nomine ecclesiarum etiam alia loca venerabilia piis actibus deputata significantur, ut xenodochia et his consimilia.*“ [1] Der Entwicklungsgang der *ecclesia localis* wiederholt sich an allen Anstaltsganzen, die ja nur in Anlehnung an die örtliche Kirche existent wurden und deren rechtliches Schicksal theilten. Codex und Novellen zählen als solche kirchliche Anstalten auf: *ptochia sive ptochotrophia, orphanotrophia, brephotrophia, xenodochia, gerontocomia, nosocomia* u. s. w., welche ganz wie die *ecclesiae* und *monasteria* als Eigenthümer und Contrahenten auftreten; es kommen hier dieselben Quellenstellen in Betracht wie dort: hier wie dort gelten auch dieselben Privilegien, wie beispielsweise l. 22 und 23 C. 1, 2 bezeugen.

Die milden Stiftungen des spätrömischen Rechts erscheinen ausschliefslich unter der Form der kirchlichen Anstalten; diese aber werden, wie die Kirchen selbst, als Corporationswesen in die Rechtswelt eingeführt: das war die einzige fertige Form, in welche man einen Inhalt giefsen konnte: „*corpus*“,[2] „*collegium*“,[3] „*consortium*“,[4] „*coetus*“,[5] — das sind die Allgemeinbenennungen, unter welchen die Kranken- und Verpflegungshäuser rubriciren. So werden auch die „*captivi*“ und „*pauperes*“ als Rechtssubjecte von Zuwendungen bezeichnet. L. 24 C. 1, 3 bestimmt in Uebereinstimmung mit l. 28 C. ib.: „*Id quod pauperibus testamento vel codicillis relinquitur, non ut incertis personis relictum evanescat, sed omnibus modis ratum firmumque consistat . . .*“ L. 49 (48) C. 1, 3 nennt die „*captivi*“ geradezu „*heredes*“ und regelt wie Nov. 131 c. 11 die Ausführung nach den in l. 26 C. 1, 2 und Nov. 131 c. 9 für die Zuwendungen an „die Kirche“ aufgestellten Grundsätzen.

Man hat diese Stellen sehr verschieden interpretirt, und schon Mühlenbruch resümirt die widersprechenden Ansichten dahin: „Kann „man sagen, die Armenanstalt oder die Kirche ist eigentlicher Erbe, mufs aber das Vermögen der Bestimmung des Testirers

---

[1] Summa Cod., 1, 2 p. 2. Gierke, III. 198 N. 24.

[2] l. 57 (55) C. 1, 3. — [3] Nov. 7 c. 1, 2, 9 u. 12.

[4] l. 22 C. 1, 2.

[5] l. 57 (55) C. 1, 3; l. 46 (45) § 9 C. 1, 3.

gemäfs verwenden? oder ist dieselbe nicht vielmehr blofs für die Erbenrepräsentantin der Armen zu halten?“ [1] Die *pauperes* sind in der unzweideutigsten Weise als die Erben eingesetzt, und das Testament wird als giltig erklärt, das heifst: die *pauperes* sind Person. Die angeführten Gesetze stellen es aufser allen Zweifel, dafs die Zuwendung an die Armen nicht als eine Auflage der eingesetzten Kirche, sondern als eine Erbeseinsetzung der *pauperes* in Betracht kommt, und dafs der *episcopus* als der Sachwalter der Armen der Testamentsexecutor ist. [2] Dabei ist aber die Ansicht auf das Bestimmteste zurückzuweisen, als seien die „Armen“ und „Gefangenen“ als Corporation erklärt. Daran ist gar nicht zu denken, vielmehr liegt hier nur der mangelhafte Versuch vor, den Stiftungsbegriff zu formuliren: Man will an eine bestehende Armenanstalt eine Zuwendung (Stiftung im weiteren Sinn) machen, oder aber im andern Fall *(„si . . . non inveniatur certum ptochotrophium“)* soll ein erst zu errichtender Armenfonds als Rechtssubject eingesetzt werden. Die juristische Technik bot noch keinen Ausdruck hierfür, und so versteckt sich der Stiftungsbegriff noch unter der Corporativbenennung *„pauperes“* und *„captivi“*; die *„procuratores pauperum“* aber sind wahre Stiftungsverwalter.

Als Rechtssubject der christlichen Anstalten erscheinen in der Gesetzgebung die *„pauperes“*, in der Doctrin das *„collegium miserabilium.“* [3] Dafs hier überall trotz der corporativen Terminologie wirkliche Anstalten oder Stiftungen gemeint waren, bezeugen die auch hier an unzähligen Stellen wiederkehrenden Benennungen *„domus“*, *„locus“* etc. sowie der totale Mangel einer körperschaftlichen Verfassung. Erst als die Canonistik soweit vorangeschritten war, die *ecclesia* als wahres Anstaltsganzes nicht blofs zu begreifen, sondern auch zu benennen und zu behandeln, da trat auch bei den wohlthätigen Anstalten das *„collegium miserabilium“* in den Hintergrund, und sie erschienen als eigenartige Rechtssubjecte.

---

[1] Commentar, 39, § 1438. Vgl. auch 40, S. 36 ff.

[2] Dies gegen Gierke, III. 120[24], welcher behauptet, hier sei die Bischofskirche *„sub modo“* eingesetzt.

[3] So schon der Glossator Placentinus, Summa Cod. 1, 2, p. 3: *„Hodie capit collegium decanorum, monachorum sanctimonialium et miserabilium personarum in xenodochiis degentium.“*

d. h. als Stiftungen. Die berühmte Antwort von Innocenz IV.: „*haec praebenda potest habere iura sua et possidere, sicut episcopatus, abbatia, hospitale vel quaecunque alia domus vel dignitas vel administratio,*“ zeigt uns den Abschlufs dieser ganzen Entwicklung. Von jetzt an bedarf es selbst einer äufseren Anstalt nicht mehr, und der *terminus technicus* für diese Art von Personen ist Stiftung, Fonds, oder *pia causa.*[1]

Loening hat, wie für die Landkirchen,[2] so auch für die Wohlthätigkeitsanstalten die „rechtliche Selbständigkeit“ für die älteste Zeit geleugnet[3] und auch für später, wo er eine „thatsächliche Selbständigkeit“ annimmt, dieselbe in folgender Weise wieder eingeschränkt: „Sie stehen im Eigenthum der Kirche, haben aber ihr eigenes Peculium.“ Diese Auffassung ist falsch und widerlegt sich durch unsere auf S. 109 ff. gegebenen Ausführungen.

§ 57.

Kirchliche und weltliche Stiftungen.

Die Rechtsträgerschaft der wohlthätigen Anstalten war ursprünglich stets und ausschliefslich eine kirchliche. Schon in der Justinianeischen Zeit bahnte sich eine Verschiebung der Verhältnisse vor, sie tritt aber noch nicht so markirt hervor. Immerhin aber hätte es auch damals schon bedenklich erscheinen sollen, wenn Justinian die Veräufserung des Kirchengutes an den Kaiser mit den Worten

---

[1] In den Novellen und in dem Codex kommt der Ausdruck *pia causa* allerdings schon vor, aber es wird damit stets nur die fromme Zweckbestimmung, nie die kirchliche Rechtsträgerschaft bezeichnet.

[2] Vgl. S. 108 unserer Darstellung.

[3] I 250, II. 649; S. 651: „Zweifelhaft mufs es dagegen erscheinen, ob in dieser Zeit (der Merowinger) Armen- und Krankenanstalten mit vermögensrechtlicher Selbständigkeit als Stiftungen in unserem heutigen Sinne errichtet werden konnten, so dafs sie also weder im Eigenthum einer Kirche oder einer Privatperson standen, noch als Klöster organisirt waren. Noch im 9. Jahrh. giebt es nur Wohlthätigkeitsanstalten, die sich im Eigenthum befinden, nicht solche, welche als selbständige Anstalten den Kirchen und Klöstern gleichgestellt worden wären.“ Richtig ist hieran nur, dafs in früheren Zeiten fromme Anstalten öfter als heute ihren Rechtsträger aufserhalb hatten; dafs sie ihn aber in sich haben, also selbst als Rechtssubjecte fungiren konnten, war von der Justinianeischen Gesetzgebung her nie zweifelhaft.

gestattete: „*neque enim multum inter se differunt sacerdotium et imperium neque res sacrae a rebus communibus et publicis, quum sanctissimis ecclesiis omnes opes atque status a munificentia imperatoris perpetuo praebeantur.*“ [1]

Die erste bewufste Rechtsverschiebung [2] geschah zur Zeit der Karolinger, indem diese die durch Karl Martell säcularisirten Hospitäler wieder einrichteten und darin selbständige, nur vom König abhängige Verwalter aufstellten. [3] Hier sehen wir zum ersten Mal ein weltliches Eigenthum und eine weltliche Verwaltung der Hospitäler im Causalverband.

Die weltliche Verwaltung der Hospitäler wurde sodann wesentlich gefördert durch den Luxus und die Sittenlosigkeit der Geistlichkeit, insbesondere der Bischöfe, welche die Hospitäler vernachlässigten. [4] Der fromme Gläubige, welcher in diesen Drangsalen Hospitalstiftungen machte, stellte sie lieber unter unmittelbaren kaiserlichen Schutz und Verwaltung. Auch die Kreuzzüge blieben in dieser Richtung nicht einflufslos: man nahm nunmehr von den in den italienischen Städten schon zum Theil im 9. Jahrhundert errichteten städtischen Hospitälern Kenntnifs, und die Bürgertugend, welche in Italien so Wunderbares geleistet hatte, begann auch alsbald in Deutschland ihre bezaubernde Wirksamkeit. Höfler betont mit Recht, „dafs in keinem Abschnitte des Mittelalters der Laienstand eine so hochachtbare kirchliche Stellung einnahm als im 13. Jahrhundert;“ [5] die weltlichen Hospitalstiftungen mit magistratischer Verwaltung waren im 12. und 13. Jahrhundert schon sehr zahlreich, [6] und sie sind seit dieser Zeit in steter Zunahme, insbesondere kam seit dem 14. und 15. Jahrhundert die Verwaltung der meisten durch weltliche Potentate bedrohten Hospitalstiftungen glücklicher Weise in die Hände der durch Redlichkeit, Geschäftstüchtigkeit und Sparsamkeit ausgezeichneten Bürger.

---

[1] Nov. 7 c. 2; Vgl. auch Nov. 55 c. 1; Nov. 120 c. 1.

[2] Vereinzelt kam die weltliche Verwaltung von öffentlichen Wohlthätigkeitsanstalten als eine ursprüngliche schon früher vor: Loening, II. 650 [1].

[3] *Capit. Francicum 783 c. 6* (Pertz, p. 46).

[4] Ratzinger, 220. — [5] Kaiser Friedrich II. p. 286.

[6] Ratzinger, 281, 294.

Die Reformation bürgerte diese Richtung noch mehr ein, und diese fand dann in dem modernen Culturstaat, welcher die Fürsorge für die leidende Menschheit auch in hervorragender Weise für seine Aufgabe erkennt, ihren Abschlufs: wir haben heute sowohl weltliche als kirchliche Stiftungen.

§ 58.

Rechtsdogmatisches.

Dadurch, dafs der Staat gewisse Culturaufgaben in sein Programm aufgenommen hat, haben diese nicht aufgehört, auch noch einen Theil der kirchlichen Fürsorge auszumachen. Das bedarf keines weiteren Wortes, und es ist ein unverzeihlicher Fehlschlufs, wenn die Motive zum badischen Stiftungsgesetzentwurf, sowie der Grimm'sche Commissionsbericht der zweiten Kammer die Wohlthätigkeits- und Schulstiftungen ausnahmslos als weltliche Stiftungen betrachten.

Wir haben oben[1] die verfehlten gesetzgeberischen wie wissenschaftlichen Definitionsversuche der Kirchlichkeit und Weltlichkeit einer Stiftung besprochen und dabei betont, dafs das entscheidende Criterium allein in der Natur der Rechtsträgerschaft liegt, und dafs alles andere: Zweck, Verwaltung u. s. w., hierbei nur insoweit relevant sind, als sie nach Lage des Falles die wirkliche Absicht des Stifters erschliefsen lassen und dem Richter die Ueberzeugung von der Art der Rechtsträgerschaft vermitteln helfen. Jede einseitige Festsetzung, insbesondere nach Art der badischen Gesetzgebung ist verfehlt. Die äufserste Grenze, bis zu welcher eine Gesetzgebung gehen könnte, wäre die Aufstellung einer civilrechtlichen Praesumtion, welche in der Schwierigkeit der Materie sowie in dem Bestreben, die richterliche Willkür einzuengen, ihre Berechtigung findet. Für diesen Fall würden wir aber vorschlagen, die Vermuthung nicht auf den Zweck, sondern auf die Verwaltung zu stellen: denn das Verwaltungs- und Eigenthumsrecht hat gerade hier eine so enge Verbindung eingegangen, dafs sich hierauf eine *praesumtio* am besten gründen läfst. Freilich darf man es nicht so

---

[1] Bd. I. § 47—49.

machen, dafs man zuerst die Verwaltung der Stiftung nach Art der badischen Gesetzgebung verweltlicht und dann daraufhin eine weltliche Rechtsträgerschaft praesumirt, vielmehr mufs sich die Vermuthung unmittelbar an die altüberkommene, durch Fundationsinstrumente und Gewohnheit begründete Vermögensverwaltung anlehnen.

Wir haben noch zu der gemeinrechtlichen Controverse Stellung zu nehmen, ob die Stiftungen (auch die kirchlichen) auf Grund ihrer blofsen Existenz ohne staatliche Verleihung oder nur kraft der Staatsgenehmigung Persönlichkeit besitzen. Für die erstere Annahme sind insbesondere Puchta,[1] Arndts,[2] Demelius,[3] Brinz,[4] Windscheid,[5] für die letztere Mühlenbruch,[6] v. Savigny,[7] Pfeifer,[8] Sintenis,[9] Roth-Meibom,[10] Falck,[11] Roth,[12] v. Vangerow.[13] Uebrigens walten auch innerhalb dieser beiden gegensätzlichen Richtungen mannigfache Schattirungen ob, und nicht selten stehen sich Gegner recht nahe. Unsere Ansicht ist die: ohne Anerkennung der Rechtsordnung giebt es überhaupt keine Persönlichkeit.[14] Dieser Satz wird nicht erst durch Gesetz oder Gewohnheit begründet, sondern er ist die Voraussetzung von Gesetz und Recht, er ist rein logischer Natur, ein juristisches Axiom. In welcher Form freilich diese Anerkennung zu ertheilen ist, das mag jede Rechtsordnung selbst bestimmen; unterläfst sie es, so gilt jede Form als zulässig, sowohl die ausdrückliche als stillschweigende.

Es entsteht daher für uns die Frage: trifft das gemeine Recht über die Art der Anerkennung selbst Bestimmungen? Diese Frage

---

[1] Richters Jahrbücher, 1840, S. 705 ff. Pand. § 28.

[2] Pand. § 46. Rechtslexicon, III. 915 ff.

[3] Jahrb. für Dogmatik, IV. 139 ff.

[4] Pand. 1096 ff. — [5] Pand. § 60 N. 3.

[6] Rechtl. Beurtheilung, 5 ff., 176. Glücks Commentar, 39, S. 467 ff. und Bd. 40, S. 2 ff., 17 ff.

[7] System, II. 276 ff. — [8] Jur. Personen, § 44.

[9] Pand. § 15 (S. 108 ff.) N. 24.

[10] Kurh. Privat. 294.

[11] Schleswig-Holst. Privatr., IV. 10 f.

[12] Jahrb. für Dogm., I. 205 ff. — [13] Pand. § 60.

[14] Vgl. Bd. I. § 15.

mufs sowohl bezüglich der Stiftungen als der Corporationen verneint werden: es würde somit nach gemeinem Recht für den einzelnen Fall auch die stillschweigende, nur aus concludenten Handlungen erschliefsbare Genehmigung, sowie generisch der blofs in der Rechtsübung ersichtliche Rechtssatz genügen. Dieser Rechtssatz ist aber für die kirchlichen Stiftungen in der Justinianeischen Gesetzgebung ausgesprochen,[1] und so können wir sagen: Die kirchlichen Stiftungen sind in und mit ihrer Errichtung Personen kraft Gesetzes.

Die moderne Anerkennungscontroverse wäre früher eine Spielerei gewesen, wie es die Anerkennungsfrage bezüglich der Rechtsfähigkeit des physischen Menschen heute noch ist. Das römische Recht kannte, wie wir sehen, keine anderen selbständigen Stiftungen als die kirchlichen Anstalten, die nur durch die Mitwirkung der Kirchenoberen existent werden konnten.[2] Wenn auch in erster Linie hier überall nur publicistische Rechtswesenheiten bezweckt waren, so verband sich in dem Sinn und Willen des Bischofs doch stets damit der Gedanke der die publicistische Wirksamkeit unterstützenden Erwerbsfähigkeit, und Gierke[3] hat bereits in Anlehnung an v. Vangerow, Kuntze und Roth betont, dafs die Kirchenoberen im Geiste jener Zeit unbedenklich in dieser Richtung als Organe der Staatsgewalt angesehen werden konnten. Die kirchliche Rechtsordnung functionirte im Mittelalter vielleicht mehr im fremden als im eigenen Dienst, und bei der Errichtung einer kirchlichen Anstalt oder Corporation war auch ohne ausdrückliche Betonung deren Rechtssubjectivität selbstverständlich ebenso sehr gewollt und anerkannt, als heute die Anerkennung der Rechtssubjectivität des Fiskus durch die staatliche Rechtsordnung unter allen Umständen vorhanden ist.

Infolge der veränderten Culturlage und angeregt durch die über den Städel'schen Fall entstandene Controversliteratur haben nunmehr die meisten Staaten die Anerkennungsfrage besonders geregelt. Wo aber particulargesetzliche Bestimmungen noch fehlen, da bleibt die Rechtssubjectivität der kirchlichen Stiftung durch die

---

[1] Vgl. insbesondere Windscheid, Pand. § 60 N. 3.

[2] Nov. 67; Nov. 131 c. 7 u. 10. — [3] III. 121 N. 26.

im Voraus ertheilte Anerkennung der Justinianeischen Gesetzgebung begründet, ist also mit der Errichtung bereits vorhanden.

In Bayern[1] gewinnen die Stiftungen erst durch die Genehmigung des Landesherrn Privatrechtsfähigkeit, und zwar ist diese durch das Kgl. Staatsministerium des Innern für Kirchen- und Schulangelegenheiten einzuholen.[2] Das ist heute in der Hauptsache der Rechtszustand in den meisten deutschen Staaten: nur ist hierbei zu bemerken, dafs für die vor der modernen Gesetzgebung entstandenen (kirchlichen) Stiftungen, wo eine ausdrückliche obrigkeitliche Anerkennung noch nicht nöthig war, wegen Mangels derselben die Rechtssubjectivität nicht bestritten werden darf: der damals ohne besondere Staatsgenehmigung fertig gewordene Rechtssubjectivitätscharakter behielt seinen Bestand auch in der neuen Gesetzgebung.

II. Das Gebiet des Badischen Landrechts.

§ 59.

Allgemeines.

Das „badische Landrecht“ ist, wie das erste Einführungsedict dazu sagt, nur eine Reproduction des Code Napoléon, mit Zusätzen, welche nöthig erschienen, „um eine sichere, dem Geist dieses Gesetzes stets gemäfse und zugleich der hierländischen Landesart und Sitte nicht nachtheilige Anwendung zu begründen.“ Trotzdem sind das französische und badische Kirchenprivatrecht durchaus verschiedener Art. Dies kommt daher, weil in beiden Gebieten die Quelle der Kircheneigenthumsbestimmungen nicht das bürgerliche Gesetzbuch ist — dieses schweigt sich vielmehr darüber vollständig aus — sondern weil die einschlägigen Normirungen erst durch Specialgesetze getroffen wurden, welche in beiden Ländern die erheblichsten Verschiedenheiten zeigen. Im Gegensatz zum franzö-

[1] Vollz. Instr. z. revid. G. E. v. 31. Octbr. 1837 nr. 90; G. O. v. 29. April 1869 Art. 69.

[2] M. E. v. 11. Octbr. 1835 u. 26. April 1836. Kgl. V. O., 27 Febr. 1847, § 5 I. Z. 13.

sischen Recht haben die badischen Kirchenprivatrechtsbestimmungen eine durchaus gemeinrechtliche Grundlage, und sind daher am besten im Anschlufs an das gemeine Recht zu behandeln.

Wenn wir sodann der Darstellung derselben einen besonderen Abschnitt widmen, so geschieht dies einestheils deshalb, weil Baden auf diesem Gebiete die verhältnifsmäfsig umfassendste gesetzgeberische Thätigkeit entfaltet hat, was von selbst eine detaillirtere Darstellung nöthig macht, und anderntheils, weil die lebhafte Betheiligung sämmtlicher berufenen Kräfte die verfassungsmäfsigen Vorstadien der Gesetze interessanter machte, als es die Gesetze selbst geworden sind.

Man ging, wie sonst, auch in Baden vielfach von der Ansicht aus, dafs die Gesetzgebung im Constitutivact die Kircheneigenthumsfrage durch Bestimmung des Eigenthumssubjects erledigen könne. Es mufs aber der badischen Gesetzgebung zur Ehre angerechnet werden, dafs sie jedesmal an der gefährlichen Fallbrücke klüglich vorbeigekommen ist.

So besagten bereits die Motive zum Kirchengesetz v. 1860: „Die in der Theorie sehr bestrittene Frage, wer Eigenthümer des für kirchliche Zwecke gewidmeten Vermögens sei, hat das Gesetz nicht entschieden,“ [1] und der Commissionsbericht der zweiten Kammer über die Convention mit Rom v. 28. Juni 1859 stellte den durchaus richtigen Satz auf, dafs die Frage, wer Eigenthümer der einzelnen Fonds sei, durch die Convention überhaupt nicht, und im Falle eines Streites nur durch den ordentlichen Richter entschieden werden könne. [2]

Aber trotzdem zieht es wieder an anderen Stellen wie eine leise Klage durch die Kammerdebatten und Berichte, dafs die Eigenthumsfrage durch das Gesetz nicht entschieden sei, und wer immer dazu Beruf fühlte, beeilte sich, mit Zugrundelegung eines gangbaren Lehrbuchs oder einer übersichtlichen Monographie über die Kircheneigenthumstheorien im Ständehaus akademische Vorträge zu halten. Insbesondere hätte sich der Grimm'sche Commissionsbericht zum Stiftungsgesetz in dieser Hinsicht als Vorlesung über die Kirchen-

---

[1] Ständeverhandlungen 1859/60, II. K. 5. Beil.-H. S. 487.

[2] Vgl. Rofshirt in dem zum Stiftungsgesetz v. J. 1870 erstatteten „Minderheitsgutachten,“ S. 7.

eigenthumsfrage nach Schulte-Hübler ankündigen können.[1] Hätte man nur auch aus dem Schulte'schen »Gutachten« zu dem betreffenden Gesetzentwurf zu lernen sich bemüht!

Grimm erklärte sich für die „Institutentheorie (Stiftungstheorie),"[2] womit er sich insbesondere in gleicher Weise gegen die Gesammtkirchen- als die Kirchengemeindetheorie aussprach. In ersterer Hinsicht hatte schon der Commissionsbericht der zweiten Kammer über die Convention v. J. 1859 den art. 12 derselben getadelt, weil es den Anschein habe, als ob die Universalkirche zum Eigenthümer des Kirchenvermögens erklärt würde.[3] Auch Herrmann scheint in dem an die erste Kammer erstatteten Commissionsbericht nur zwischen der Kirchengemeinde- und Institutentheorie zu schwanken, übrigens aber nicht so exclusiv verfahren zu wollen, als es der herrschenden Ansicht beliebte.[4] In dieser Exclusivität lag und liegt heute noch der hauptsächlichste Fehler. Es wird daher unsere Aufgabe sein, wiederum die staatlicherseits anerkannten kirchlichen Privatrechtssubjecte zu ermitteln, womit denn auch für Baden die Controverse beseitigt sein dürfte.

§ 60.

Die Eigenthumssubjectivität der badischen Landeskirche und des (Erz-)bisthums Freiburg.

Das Kirchengesetz v. 9. October 1860[5] bestimmt im § 1:

> „Der vereinigten evangelisch-protestantischen und der „römisch-hatholischen Kirche ist das **Recht öffentlicher Corporationen** mit dem Rechte der öffentlichen „Gottesverehrung gewährleistet."

Von einer Anerkennung der katholischen Gesammtkirche als Corporation kann nach unseren früheren Ausführungen hier keine Rede sein:[6] gemeint ist hier zweifellos die katholische Kirche

---

[1] Vgl. S. 22 ff. — [2] S. 24.

[3] Roſshirts „Minderheitsgutachten," S. 7.

[4] S. 426. Dieser Bericht erschien in der Beilage z. Protokoll der 23. Sitzung v. 12. März 1870, S. 423--445.

[5] Reg. Bl. 1860, S. 375 ff., auch abgedruckt bei Spohn, Badisches Staatskirchenrecht 1868, S. 3—35.

[6] § 21 u. 22.

in Baden, also die badische katholische Landeskirche.[1] Die Schwierigkeiten, welche die Existenz einer katholisch-landeskirchlichen Person im Gefolge hat,[2] sind hier weniger in die Augen fallend, weil die Repräsentation dieser, gleichgiltig, ob corporativ oder anstaltlich gefafsten Landeskirche, naturgemäfs in der Hand des Landesbischofs,[3] d. h. des Erzbischofs von Freiburg liegt.[4]

Wir halten zwar die Anerkennung einer katholisch-landeskirchlichen Persönlichkeit für keine besonders einsichtsvolle Leistung der gesetzgebenden Gewalt;[5] deshalb läfst sich dieselbe jedoch nicht wegleugnen. Es ist aber ein Trost, dafs ein katholisch-landeskirchliches Vermögen bis zur Stunde in Baden nicht existirt. Das hat

---

[1] Anderer Ansicht Edg. Loening, Die Rechtsverhältnisse der kirchlichen Stiftungen (Zeitschr. f. bad. Verwaltung 1869, S. 277). Grimm dagegen scheint ein Zeugnifs für den Persönlichkeitscharakter der katholischen Landeskirche Badens ablegen zu wollen, wenn er von einem „im § 1 des Kirchengesetzes den Katholiken Badens als Personeneinheit eingeräumten Corporationsrechte" spricht sowie „dem Rechte, darnach Vermögen zu besitzen." Dann heifst es noch einmal: „Staatsgesetzlich haben aber die Katholiken Badens das Recht zum Vermögenserwerb in ihrer Eigenschaft als juristische Person. Von diesem Eigenthum unterscheidet sich aber jedenfalls ganz streng das Eigenthum der besonderen juristischen Personen (örtliche Institute, Fonds, kirchliche Stiftungen) ähnlich wie das Staatsvermögen sich von dem Vermögen der einzelnen weltlichen Stiftungen unterscheidet." (Commissionsbericht, 35. Vgl. ferner S. 33; Rofshirt in seinem „Minderheitsgutachten", S. 15, findet dies sogar „selbstverständlich".) Auch Bluhme, System des Kirchenrechts, 1868, S. 186, spricht von der „Gewährung der Rechte öffentlicher Corporationen an beide Landeskirchen in Baden." Diese Auffassung liegt auch einem Urtheil des Freiburger Appellationsgerichts v. 7. September 1869 zu Grunde, und sie wird von Prestinari, allerdings mit einigen Irrthümern, des Näheren begründet (Zeitschr. f. bad. Verwaltung, 1869, S. 274 ff.).

[2] Vgl. § 33.

[3] So genannt in der V. U. v. 22. Aug. 1818, § 27 und § 30.

[4] Prestinari (Zeitschr. f. bad. Verwaltung 1869, S. 302): „Der badische Staat schliefst aber nur eine Diöcese in sich; hier hat also die katholische Kirche in dem erzbischöflichen Stuhle zu Freiburg eine einheitliche Organisation, und wenn seine Diöcese aufser Baden auch das vormals sigmaringische Gebiet umfafst, so folgt daraus, dafs dieser Theil der Diöcese nicht zu Baden gehört, weiter nichts, als dafs die Normen, durch welche die Beziehungen der badischen Staatsgewalt zur kath. Kirche geregelt sind, auf jenen Theil der Diöcese keine Anwendung finden."

[5] Vgl. S. 102.

insbesondere Prestinari vollständig verkannt. Bei diesem wie auch sonst regelmäfsig ist die Eigenthumsfrage stets allgemein und ausschliefsend gelöst, d. h. man kennt nur einen einzigen kirchlichen Privatrechtsträger, oder doch nur eine bestimmte Klasse derselben. So ist denn nach Prestinari für die badische Landeskirche nicht etwa blofs die Möglichkeit des Erwerbs und folgeweise irgend welchen Eigenthums gegeben, sondern sie besitzt auch wirklich Vermögen und ist sogar Eigenthümerin des gesammten für die katholisch-kirchlichen Cultusbedürfnisse Badens gewidmeten Vermögens. Das ist durchaus irrig und als solches von Edg. Loening erwiesen. Prestinari kennt doch im Sinne der Institutentheorie verschiedene Eigenthumsträger in der katholischen Kirche und führt dieselben erschöpfend auf.[1] Loening hebt daher nur zu richtig hervor, dafs Prestinari „für ein und dieselbe Sache zwei Eigenthümer nebeneinander annimmt,“[2] und es ist Letzterem keineswegs gelungen, diesen Einwand zu beseitigen. Auf die Frage Loenings, ob er sich dieses Eigenthumsverhältnifs als *condominium* oder als *dominium plurium in solidum* denke, antwortete er: „Diese Fragen „wären am Platze, wenn es sich um freies Eigenthum handeln „würde, d. h. um das Recht, über den Bestand und Genufs der „Sache nach Belieben zu schalten und zu walten, dafs aber ein „solches Eigenthum an dem Vermögen einer juristischen Person „nicht denkbar ist, habe ich in meinem Aufsatze hervorgehoben, „indem ich bemerkte, das Eigenthum der Landeskirhe sei, wie jedes „der Stiftung, durch den unbestrittenen Grundsatz beschränkt, dafs ihr „Vermögen erhalten und seinem Zwecke gemäfs verwendet werden mufs.“[3] Diese Antwort halten wir mit Loening[4] nicht für genügend. Im Grunde kommt Prestinari auf die in den 20er Jahren von Rofshirt vertretene Ansicht, dafs das Eigenthum der kirchlichen Stiftungsgüter nicht bei den Stiftungen, sondern bei der Kirche ruhe.[5] Dafs er sehr gesammtkirchlich angehaucht ist, geht am besten aus seiner Stellung zur Devolutionsfrage hervor: „Hört der Sonderzweck einer „Stiftung auf, so fällt damit die Beschränkung der Kirche in der

[1] a. a. O. S. 301. — [2] a. a. O. 280.

[3] a. a. O. 302. — [4] a. a. O. 321.

[5] Archiv f. civil. Praxis, X. 321.

„Verwendung des Vermögens, das ihm gewidmet war, hinweg, und „sie kann es einem andern kirchlichen Zweck widmen."[1] So erhebt er denn auch den Zweifel: „Sind solche (Stiftungs-) Vermögens-„massen als selbständige, für sich bestehende juristische Personen „zu betrachten, oder gehören sie zum Vermögen der juristischen „Person, deren Zwecken sie gewidmet sind?"[2] Damit kommt er aber dann wieder in Widerspruch mit sich selbst. Ein *dominium plurium in solidum* giebt es ferner nicht (l. 5 § 15 D. 13, 6), gleichgiltig ob es sich um körperliche oder unkörperliche Personen handelt, und mögen bei dem Kirchenvermögen die durch eine exclusive Zwecksetzung bedingten Eigenthumsbeschränkungen noch so zahlreich sein, so darf doch nicht in Walter'scher Weise der Eigenthumsbegriff eliminirt werden. Ist dem aber so: dann hat Prestinari das von ihm vertretene Doppeleigenthum immer noch zu begründen.

Unmöglich ist es also nach Lage der Gesetzgebung, dafs die katholische badische Landeskirche Eigenthümerin des gesammten für die katholisch-kirchlichen Bedürfnisse des Grofsherzogthums gewidmeten Vermögens ist; dafs sie aber Eigenthümerin von irgend welchen Vermögensstücken sei, ist möglich, freilich bis zur Stunde nicht wirklich. Die Möglichkeit ist um so eher gegeben, als eine Bestimmung, wie sie in l. 26 C. 1, 2 und Nov. 131 c. 9 enthalten ist, hier fehlt. L. R. S. 4^b bestimmt freilich: „Der Richter „darf das römische Recht in vergleichende Rücksicht nehmen, um „für Fälle, wo es darauf ankommen kann, zu ermessen, was nach „dem Beispiel anderer Gesetzgebungen für natürliche Rechtsfolge „gewisser Verhältnisse angesehen werde, aber nicht um gesetzliche „Entscheidungsgründe daraus zu schöpfen oder Berufungen der „Parteien auf solches zuzulassen." Doch hiernach hat das römische Recht nur die Bedeutung eines natürlichen Rechts, oder wie Behaghel treffend sagt, „der juristischen Consequenz" „einer *raison écrite.*" Man wird aber in der Bestimmung, dafs bei einer Zuwendung „an die katholische Kirche" die örtliche Kirchenfabrik als bedacht gelten solle, gewifs keine juristisch nothwendige oder

---

[1] a. a. O. 303.

[2] a. a. O. 303.

natürliche Rechtsfolge erblicken können, abgesehen davon, dafs eine Berufung hierauf nicht gegründet werden darf. Nach badischem Recht kann eine Zuwendung „an die römisch-katholische Kirche“ nur eine solche an die Landeskirche sein, welche im § 1 des Kirchengesetzes kurzhin die „römisch-katholische Kirche“ genannt und durch die Bezeichnung »Corporation« als erwerbsberechtigt bezeichnet wird. Der Erzbischof von Freiburg würde Recht und Pflicht haben, eine solche Zuwendung anzunehmen und für katholisch-kirchliche Zwecke des Grofsherzogthums zu verwenden.

Auch die Rechtssubjectivität des (Erz-)Bisthums Freiburg, zu welchem aufser Baden noch Hohenzollern-Sigmaringen gehört, steht aufser allem Zweifel. Dieselbe erhellt vor Allem aus der Bulle „*Provida solersque*“, deren hierbei entscheidender Wortlaut oben mitgetheilt wurde,[1] und welche, insoweit sie die „Ausstattung“ der „Bisthümer“ betrifft, durch V. O. v. 16. October 1827 die „landesherrliche Staatsgenehmigung“ erhalten hat.[2] Das daselbst abgegebene Versprechen einer Realdotation des Bisthums wurde in dem Concordat v. 28. Juni 1859 art. III. erneuert:

> „*Magni Ducis Gubernium, cum primum temporum ratio per-*
> „*miserit, curabit, ut archiepiscopatus suam dotem habeat in*
> „*bonis stabilibus.*“

Ebenso spricht der art. XIV. von den „*fundi et bona stabilia, quae a Gubernio pro dote eiusdem Archiepiscopalis ecclesiae iam attributa sunt, vel in posterum attribuentur.*“ Das Concordat wurde bekanntlich von der Kammer verworfen, dafür bestimmte dann aber die V. O. die Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens betr. v. 17. October 1867 § 1:

> „Die Grundstücke und ständigen Fonds, welche von der
> „Grofsherzoglichen Regierung zur Ausstattung der Me-
> „tropolitankirche bereits hingegeben wurden oder in
> „Zukunft werden hingegeben werden, können ohne Zu-
> „stimmung der Grofsherzoglichen Regierung weder ver-
> „äufsert, noch irgendwie belastet werden.“

Die Metropolitankirche ist nur die Erscheinungsweise der privatrechtlichen Persönlichkeit des Erzbisthums, und es kann daher nur

[1] S. 187 ff.

[2] Reg. Bl., 1827, S. 211, Spohn, 161.

als *curiosum* erwähnt werden, dafs ein Erkenntnifs des Grofsh. Stadtamts in Freiburg v. 16. Juli 1862 N. 9672 das Eigenthum am katholischen Münster daselbst „der katholischen Kirchengemeinde zuwies.“ [1] Die Oberflächlichkeit dieses stadtamtlichen Erkenntnisses erhellt auch daraus, dafs es dieses kirchengemeindliche Eigenthum vorzugsweise an die behauptete Thatsache anknüpft, dafs die „Verwaltung der katholischen Stiftungscommission unterstehe.“ Nun bestimmt aber die im Jahre vorher ergangene V. O. v. 20. Novbr. (1861) [2] § 1: „Das Vermögen . . . der Metropolitankirche . . . wird von dem Erzbischofe . . . frei verwaltet werden.“

Das Bisthum und die Landeskirche sind zwei wesentlich verschiedene Rechtssubjecte mit einer gleichmäfsigen Vertretung in der Person des Erzbischofs. An dem Vermögen des ersteren participirt auch Hohenzollern-Sigmaringen, an demjenigen des letzteren aber nicht.

§ 61.

Die Eigenthumssubjectivität der Capitel, kirchlichen Anstalten und Fonds.

Die Bulle *„Provida solersque“* erkennt, wie wir sahen, die Rechtssubjectivität des Freiburger Domcapitels an. [3] Das Concordat v. J. 1859 sodann hatte dasselbe ein *„canonicorum collegium“* genannt; es spricht von *„bona quae ad illud pertinent,“* und deren Verwaltung in die Hände des Capitels gelegt wird. In diesem Sinn erwähnt auch die Vollzugsverordnung v. 20. November 1861 „das Vermögen . . . des Domcapitels“ (§ 1), und weiter (§ 2) auch „das Vermögen der Landcapitel,“ deren Persönlichkeitsnatur mit Schulte anzunehmen ist. [4]

---

[1] Archiv, 9, S. 426. Immerhin aber hat dasselbe noch einen relativen Werth, denn es hat wenigstens ein beanspruchtes civilcommunales Eigenthum zurückgewiesen.

[2] Reg. Bl. N. 52 und Spohn, 192.

[3] Auch der spätere Justizminister Grimm spricht sich in seinem Commissionsbericht (zum Stiftungsgesetz, S. 26) für die Privatrechtssubjectivität des Domcapitels aus.

[4] Jur. Persönlichkeit, 108. Gemeinrechtlich mufs dieselbe mit Roth-Meibom (Kurhess. Privatr., 242) verneint werden.

Was die Privatrechtsfähigkeit des Priesterseminars betrifft, so ist die einschlägige Bestimmung der Bulle „*Provida solersque*“ oben mitgetheilt;[1] auch das Concordat v. 1859 hatte von „*bona quae ad ... seminarium pertinent*“ gesprochen, wie auch die Vollzugsverordnung zum Kirchengesetz im § 1 ein „Vermögen ... des Seminars“ erwähnt. Das Stiftungsgesetz v. J. 1870 gestattet Stiftungen zu dessen Vortheil und erachtet dieselben ausnahmsweise als kirchliche Stiftungen (§ 3).

Auch für die „*domus emeritorum et demeritorum*“ sowie die „*cancellaria Archiepiscopalis*“ wird in der Bulle sowie in dem Dotationsinstrument ein Jahreseinkommen festgesetzt.[2] Wie oben[3] erwähnt, hat Baden auch in Ausführung des § 73 der »Grundzüge« von 1818 einen Intercalarfonds errichtet, dessen in der Vollzugsverordnung Erwähnung geschieht (§ 3, 8 und 13). Der § 8 weist wie § 9 und § 12 auch noch auf „die übrigen allgemeinen kirchlichen Fonds“ hin, deren Verwaltung dem zur Hälfte von der Grofsherzoglichen Regierung, zur Hälfte vom Erzbischof gewählten katholischen Oberstiftungsrath obliegt. Nach § 13 sind hierunter vor Allem der „Breisgauer Religionsfonds und die allgemeine katholische Kirchenkasse“ zu verstehen, für welche mit Einschlufs des Intercalarfonds „ein bestimmter Vermögensbetrag als Grundstock festgestellt werden“ soll.

Den Landcapiteln parallel laufen die im § 7 der V. O. erwähnten „Districtsstiftungen“, deren „Einnahmen und Ausgaben“ durch die Stiftungscommissionen (§ 6) veranschlagt und durch den Oberstiftungsrath geprüft werden (§ 11). Dasselbe gilt bezüglich der an letzterer Stelle erwähnten „Ortsstiftungen,“ als welche der § 5 besonders „die Kirchen- und Pfarrhausbaufonds“ erwähnt.

Ueber den verfehlten Versuch des badischen Gesetzgebers, das Criterium der Kirchlichkeit der Stiftungen durch den Zweck zu bestimmen, ist oben das Nöthige gesagt worden.[4] Kirchliche Fonds „zur Armenunterstützung und Krankenverpflegung oder zu Unterrichtszwecken“ schliefst das Stiftungsgesetz v. J. 1870 § 3

---

[1] S. 192. Vgl. auch Grimm a. a. O. 26.

[2] Vgl. auch Grimm a. a. O. 26.

[3] S. 196[1]. — [4] Bd. I. § 47—49.

aus; diese gelten nunmehr alle als „weltliche Stiftungen," gehören also nicht mehr zum Kirchenvermögen.

Was die Entstehung der Rechtssubjectivität der Stiftungen anlangt, so bestimmt das Stiftungsgesetz in Uebereinstimmung mit der früheren Gesetzgebung:[1]

§ 1. Zur Errichtung neuer Stiftungen als selbständiger Rechtssubjecte ist Staatsgenehmigung erforderlich.

§ 2. Durch die staatliche Genehmigung erhalten die Stiftungen juristische Persönlichkeit.

Bezüglich der kirchlichen Stiftungen bestimmt der § 41 noch ausdrücklich: „Insbesondere kommen auch diesen Stiftungen alle Rechte selbständiger juristischer Personen zu."

§ 62.

Die Eigenthumssubjectivität der Kirchenfabriken und Beneficien.

Die Rechtssubjectivität der Kirchenfabrik bezeugt vor Allem der § 5 der Vollzugsverordnung v. J. 1861: „Zu dem örtlichen Kirchenvermögen gehört . . . das Vermögen der Kirchenfabrik." Dabei ist dieser Paragraph ein sprechender Beweis für die civilrechtliche Identität von Kirche, Kirchenfabrik und Kirchenfonds. Er definirt nämlich das Vermögen der Kirchenfabrik als „das zur Deckung des örtlichen Cultbedürfnisses bestimmte Vermögen. Hierzu sind auch die zu sogenannten Jahrtagen gemachten „Stiftungen (Anniversarien) zu rechnen, wie diejenigen Vermögens-

---

[1] Vgl. darüber Spohn, 190. Schon der L. R. S. 910 bestimmt: „Verfügungen unter Lebenden oder auf den Todesfall zum Vortheil der Verpflegungshäuser, der Armen einer Gemeinde oder einer gemeinnützigen Anstalt, erhalten ihre Wirkung nur durch hinzutretendes Staatsgutheifsen." Die V. O. v. 5 Septbr. 1812 (Reg. Bl. 185) beschränkt diese Bestimmung auf die Fälle, „welche eine fortwährende Stiftung im Staate begründen." Nachdem sich die Grofsh. V. O. v. 10. April 1833 (Reg. Bl. N. 18) noch einmal mit diesem Gegenstande beschäftigt hatte, bestimmte die V. O. v. 12. März 1863 (Reg. Bl. N. 13, Spohn, 190) § 2: „Zu Schenkungen und Vermächtnissen, durch welche eine neue Stiftung gegründet werden soll, ertheilt das Ministerium des Innern die Staatsgenehmigung. Uebersteigt jedoch der Werth einer solchen Stiftung den Betrag von 3000 Gulden, so ist die höchste Ermächtigung des Grofsh. Staatsministeriums erforderlich."

„theile, welche etwa dem Kirchenfonds zu wohlthätigen Zwecken, „z. B. zur Armenunterstützung,[1] geschenkt oder vermacht wurden."

Auch die Kirchstelle oder Pfründe hat nach badischem Recht Persönlichkeit.

Die „Pfründen" werden mit den „Mefsnereien" in der V. O. v. 20. November 1861 § 5 neben den Kirchenfabriken, Fonds und Körperschaften als selbständige Vermögensträger bezeichnet und ihr Eigenthum ganz richtig unter dem „örtlichen Kirchenvermögen" begriffen. Dafs das Pfründegut aber nicht als Theil des Kirchenvermögens im engeren Sinn, d. h. als Kirchenfabrikgut, sondern als eine durchaus selbständige Vermögensmasse zu betrachten ist, geht nicht blofs aus § 5, sondern auch aus § 3 hervor, welcher den Pfründen eine besondere Verwaltung in ihren „Inhabern" giebt, „das Vermögen der erledigten Pfründen" vor Vermischung mit dem sonstigen Kirchengut bewahrt, und dasselbe durch den „Capitelskämmerer, und zwar, wenn nöthig, mit Hülfe eines von ihm bestellten Rechners für den Intercalarfonds" verwalten läfst.[2] Die „Begründung" des Gesetzentwurfs, „die rechtliche Stellung der Kirchen und kirchlichen Vereine im Staate betr.," betont ebenfalls (zum § 10), dafs die Kirche im Besitze sehr bedeutender Mittel sei, „welche theils als Ausstattung für ihre Beamten (Pfründen), theils als Stiftungen für kirchliche Zwecke (Kirchenfonds) vorhanden sind." Sollte aber noch ein Zweifel betreffs der Rechtssubjectivität der Beneficien bestehen, so würde derselbe durch § 130 der Gemeindeordnung v. 31. December 1831 beseitigt werden:

> „Wo Ortsgeistliche und Schullehrer Antheil an dem Almend- „genufs hatten, mufs der Pfarr- sowie der Schulpfründe „ein Bürgertheil zu Eigenthum zugeschieden werden."[3]

---

[1] Will man daher die kirchliche Natur eines zur Armenunterstützung bestimmten Vermögens begründen, so errichte man keine selbständige Stiftung, welche nach dem Stiftungsgesetz § 3 weltlichen Charakters wäre, sondern wende das Geld einem bereits existenten kirchlichen Privatrechtsträger, vor Allem der Kirchenfabrik, zu und bestimme die Verwendung als Auflage.

[2] Grimm sagt treffend: „Die Pfründen, die Kirchenfabrik, der Kirchenbaufonds, sind nach feststehendem Rechtsbegriffe Institute, welche unter sich in einem juristischen Verkehre stehen, kaufen, verkaufen, vertauschen, Processe führen u. dgl." (Commissionsbericht, 23).

[3] Spohn, 56.

Schon die Thatsache, dafs der badischen Gesetzesterminologie der Ausdruck „katholische Kirchenpfründe“ bekannt und geläufig ist,[1] darf als Beweis für die gemeinrechtliche Gestaltung des badischen Kirchenämterwesens angesehen werden. Was dagegen als Eigenthümlichkeit der badischen Pfründeverfassung dasteht, ist die unverhältnifsmäfsig grofse Anzahl der Caplaneipfründen: wir haben in den Beilagen zu der V. O. v. 20. November 1861[2] nicht weniger als 64 Caplaneien, worunter 1 Cooperatur, 2 Praedicaturen, 1 Cantorat und 2 Frühmefscaplaneien, gezählt.

Die Rechtssubjectivität des erzbischöflichen Beneficiums oder der *mensa* steht schon nach der Bulle *„Provida solersque“* fest. Auch das Concordat v. J. 1859 hatte der *„bona quae ad Mensam Archiepiscopalem . . . pertinent“* Erwähnung gethan, und die V. O. die Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens betr. v. J. 1861 § 1 stellt von Neuem „das Vermögen des Erzbischöflichen Tisches“ unter die freie Verwaltung des Erzbischofs, wie dies bereits in der Erectionsbulle ausgesprochen war.[3]

Gegen das Aufkommen der kirchengemeindlichen Rechtssubjectivität hat sich das badische Kirchenprivatrecht bis zur Stunde aufs Erfolgreichste gewehrt. Hier ist nicht blofs der Beweis für die Existenz eines wirklichen gemeindlichen Eigenthums, sondern auch in gleicher Weise schon für den Persönlichkeitsbestand der Kirchengemeinde bis zur Stunde nicht zu führen. Weder die Eigenthumstheorie des preufsischen A. L. R. noch die Entwicklung der Kircheneigenthumsfrage in dem benachbarten französischen Rechtsgebiet hat das Urtheil des badischen Gesetzgebers beeinflufst oder die Bildung des Gewohnheitsrechts in eine falsche Bahn gewiesen. Das Kirchengesetz v. 9. October 1860 hat allerdings im § 10 angeordnet, dafs „bei der Verwaltung des kirchlichen Districts- und Ortsvermögens die berechtigten Gemeinden vertreten seien“,

---

[1] Vgl. insbesondere die V. O. „die Besetzung der katholischen Kirchenpfründen betreffend“ v. 20. Novbr. 1861 (Regl. Bl. N. 52, Spohn, 164).

[2] Spohn, 165 ff.

[3] Auch nach Grimm (Commissionsbericht, 26) kommt „die Rechtspersönlichkeit der Kirchenfabriken wie die der Beneficien zur Geltung, desgleichen treten die Güter der „Kathedrale“, sowie „anderseits die *mensa episcopalis* und die *bona capituli* als gesonderte Vermögensmassen“ hervor.

aber in der „Begründung“ des Reg.-Entwurfs wird ausdrücklich betont: „Die in der Theorie sehr bestrittene Frage, wer Eigenthümer des für kirchliche Zwecke gewidmeten Vermögens sei, hat das Gesetz nicht entschieden.“ Sodann heifst es von den aus der Zweckbestimmung sich herleitenden „Eigenschaften des kirchlichen Vermögens“: „Sie haben unsere Gesetzgebung überdies veranlafst, „anzuerkennen, dafs selbst, wenn ein Eigenthumsrecht der Gemeinde „in Bezug auf kirchliches Vermögen nicht begründet ist, doch Seitens „der berechtigten Gemeinden ein unmittelbares rechtliches **Interesse** „besteht, vermöge dessen ihnen die Befugnifs eingeräumt werden „mufs, bei der Verwaltung und Verwendung des ihrem kirchlichen Wohle gewidmeten Vermögens vertreten zu sein.“ [1] Demgemäfs ist denn auch in der Vollzugsverordnung v. 20. Novbr. 1861 die Institution der Stiftungscommission auf einem ganz anderen Rechtsfundament aufgebaut, als es später bei dem nach der Gemeindeeigenthumstheorie zugeschnittenen preufsischen Kirchenvorstande geschah. Die Wahlordnung ist vom Erzbischöflichen Ordinariat, allerdings im Einverständnifs mit dem Grofsh. Ministerium, erlassen (13. Mai 1863), die Wahl erfolgt unter Leitung des „geistlichen Vorstandes“, unter dessen „Vorsitz“ die Stiftungscommission auch thätig ist; die geistliche Behörde kann den Antrag stellen, dafs „eine Wahl verworfen werde,“ und die Wahl des Rechners bedarf der Bestätigung des „Erzbischöflichen Dekans“ (§ 3 der Vollzugsverordnung). Diese V. O. erwähnt die Gemeinde mit keinem Wort, spricht dagegen sehr bestimmt von dem „Vermögen der Kirchenfabrik.“ Der badische Gesetzgeber stand der Gemeindeeigenthumstheorie sogar in dem Mafs fern, dafs er derselben nicht einmal für die protestantische Landeskirche, welche dem Gemeindeprincip doch ungleich näher steht, Raum gab. Die V. O. v. 28. Februar 1862, „die Verwaltung des evangelischen Kirchenvermögens betreffend,“ [2] kennt ebenfalls kein Gemeindegut, sondern nur ein „Vermögen der „Kirchenfabrik, das ist das zur Deckung des örtlichen Cult-

---

[1] Unter den »Gemeinden« sind hier, wie die Regierungsmotive auf S. 3 ausdrücklich anerkennen, und wie aus der Fassung des zweiten Absatzes des § 10 hervorgeht, nicht die politischen, sondern die kirchlichen Gemeinden verstanden. Spohn, 22 f.

[2] Spohn, 197.

„bedürfnisses bestimmte Vermögen. Hierzu sind auch diejenigen „Vermögenstheile zu rechnen, welche etwa dem Kirchenfonds zu „andern wohlthätigen Zwecken, zum Beispiel zur Armenunter-„stützung geschenkt oder vermacht wurden" (§ 6). Das Sportelgesetz vom 11. Juli 1864 befreit von Anwendung des Stempelpapiers und Entrichtung der Sporteln „Kirchenfonds (nicht auch Kirchspielsgemeinden)" (57).[1] Die zum Stiftungsgesetzentwurf an die beiden Kammern gerichtete Petition des evangelischen Kirchengemeinderaths zu Karlsruhe ist allerdings ziemlich gemeindeeigenthumstheoretisch angehaucht,[2] und die Vorstellung des evangelischen Kirchengemeinderaths zu Heidelberg spricht sogar geradezu von einem „Eigenthum der Confessionsgemeinde." Man hatte sich aber in der Zeit geirrt: es konnte keine ungünstigere Gelegenheit zur Proclamirung der Gemeindeeigenthumstheorie gewählt werden als bei der Berathung des „Stiftungsgesetzes": wo nachweislich ein Stiftungseigenthum vorhanden ist, da ist eine corporative Rechtsträgerschaft unmöglich.[3] Die Kammerverhandlungen haben daher das Aufkommen der Gemeindeeigenthumstheorie eher verhindert als gefördert. Der Herrmann'sche Commissionsbericht (I. Kammer) begnügt sich damit, den Widerspruch gegen die Gemeindetheorie einfach als einen „gegründeten" zu bezeichnen,[4] und Grimm, der Berichterstatter der zweiten Kammer, führt sogar seinen Hauptgegner Maas ins Feld, um seine Abneigung gegen die Annahme eines Gemeindeeigenthums recht eindringlich zu begründen.[5] Wenn es sich hier überall auch nur um die gemeinrechtliche Controverse handelte, ob die Kirchengemeinden Eigenthümer des gesammten Kirchenguts, oder doch wenigstens des ganzen Localkirchenvermögens seien, so mufs anderseits anerkannt werden, dafs

---

[1] Reg. Bl. N. 32. Spohn, 65.

[2] Sie spricht bezüglich der „evangelischen Kirchengemeinden" von dem „ungeschmälerten Besitz" und einer „ungeschmälerten Befugnifs zur Verwaltung und stiftungsgemäfsen Verwendung" des Kirchenvermögens.

[3] Deshalb ist es ein innerer Widerspruch, wenn Maas (Zum Frieden zwischen Staat und Kirche, 92) sagt: „Das Vermögen der Kirche, der kirchlichen und milden Stiftungen ist kraft positiven Rechts (!) und nach der Natur der Sache (?) als Corporationsvermögen Privatgut."

[4] S. 426. — [5] S. 23.

die ganze Situation wenig darnach angethan war, der Kirchengemeinde nun endlich einmal zum Persönlichkeitscharakter zu verhelfen. Wir erachten es für einen grofsen Vorzug der badischen Gesetzgebung, dafs sie allen Versuchungen, die Kirchenfabrik durch die Kirchengemeinde zu vertreiben,[1] bis jetzt siegreich widerstanden und die Continuität mit der gemeinrechtlichen Vergangenheit treu und unverfälscht bewahrt hat. Von hier aus wird man den Werth des Erkenntnisses des Grofsh. Stadtamts Freiburg v. 16. Juli 1862 ermessen, welches sogar das Freiburger Münster in das Eigenthum der Kirchengemeinde stellt.[2]

§ 63.

Die Eigenthumssubjectivität der Klöster und Congregationen.

Das badische IV. Organ.-Edict v. 14. Februar 1803 und der § 21 des I. Const.-Edicts v. J. 1807 haben die kirchlichen Vereine und Klöster zugelassen, übrigens aber Bestand und Errichtung von dem herrschenden Placet abhängig gemacht.[3] Daran änderte auch der früher[4] erwähnte § 28 der Frankfurter „Grundzüge“ nichts. Der art. IV. N. 6 der badischen Convention sodann hatte es dem Erzbischof zur Pflicht gemacht, bei der Errichtung von Klöstern sich mit der Regierung „ins Einvernehmen zu setzen: *consilia conferre.*“

Das geltende Recht gründet sich auf § 11 des Kirchengesetzes v. J. 1860:

> „Ohne Genehmigung der Staatsregierung kann kein religiöser Orden eingeführt und keine einzelne Anstalt eines „eingeführten Ordens errichtet werden. Diese Genehmigung „ist widerruflich.“

Hiernach steht die badische Gesetzgebung principiell auf dem Standpunkt der Existenzberechtigung der Orden, und die „Be-

---

[1] So sagte Bluntschli: „Viel gesunder sei es, das bestimmten Zwecken gewidmete Vermögen den wirklichen Corporationen von Menschen zu Eigenthum und zur Verwaltung zu geben. Er hoffe, dafs noch die Zeit kommen werde, wo alles locale Kirchengut der Gemeinde als Eigenthum gehöre.“ Verhandlungen der 1. Kammer v. 22. März 1870, S. 172.

[2] Vgl. S. 266. — [3] Maas im Archiv 9, S. 26.

[4] S. 227.

gründung" betont ausdrücklich, es wäre „dem Grundsatz des § 7 „entschieden entgegen,[1] der katholischen Kirche ... in Bezug auf „Orden eine gröfsere Beschränkung aufzuerlegen, als seither be- „stand."[2] Die Errichtung eines Ordens oder einer Ordensanstalt ist jedoch durch die staatliche Genehmigung bedingt, wie der Widerruf derselben auch ihre Auflösung bewirkt. Staatsminister Jolly erklärte übrigens im J. 1872 in der badischen Kammer: „es bestehe mit Staatsgenehmigung nur ein Orden im Lande, der der barmherzigen Schwestern."[3] Früher wurde zwischen Orden und Congregation kein Unterschied gemacht, erst die Kammerverhandlungen des Jahres 1872 haben neben den „Orden" der „ordensähnlichen Congregationen" besonders erwähnt, und in nicht allzu glücklicher Formulirung das Wesen der letzteren darin erkannt, dafs sie „Einiges von den wesentlichen Merkmalen eines Ordens" an sich tragen.[4]

Die gesetzliche Genehmigung berührt nur die Existenzfrage; mit den einmal zu Recht bestehenden Klöstern und Congregationen ist dann die Privatrechtsfähigkeit kraft allgemeinen Rechtssatzes verknüpft. Was die Bruderschaften anlangt, so ist hier der § 3 des Kirchengesetzes v. J. 1860 bestimmend: „Die Bildung religiöser Vereine ist gestattet." Wie die Begründung des Regierungsentwurfs ausführt,[5] sind solche freigebildete Confraternitäten aber nicht *ipso iure* Corporationen: so lange sie das Recht als Corpo-

---

[1] „Die vereinigte evangelisch-protestantische und die römisch-katholische Kirche ordnen und verwalten ihre Angelegenheiten frei und selbständig."

[2] v. Mohl sagt in seinem Commissionsbericht, S. 23: „Es kann darauf gerechnet werden, dafs in allen selbst nur zweifelhaften Fällen die Genehmigung nicht verweigert und noch weniger eine ertheilte Erlaubnifs zurückgezogen werden wird. Welches Interesse hätte die Regierung, sich dem Bestehen unschädlicher geistlicher Corporationen zu widersetzen, z. B. fast sämmtlicher Arten von weiblichen Orden oder auch solcher Mannsklöster, deren Zweck Krankenpflege ... ist." Lamey meinte (Verhandlungen der zweiten Kammer, S. 22): „Wenn die Klöster wohlthätige Zwecke verfolgen, so könne man denselben seinen Beifall nicht versagen. Eine principielle Ausschliefsung einzelner Orden solle man nicht in das Gesetz aufnehmen."

[3] Maas im Archiv 31, S. 329.

[4] Maas im Archiv 31, S. 330.

[5] Spohn, S. 9 N. 3.

ration vom Staate nicht erlangt, haben solche Vereine den Charakter privatrechtlicher Gesellschaften. Sie sind rechtlich zu beurtheilen wie die weder „evangelisch - protestantischen“ noch „römisch-katholischen“ kirchlichen Bildungen. So heifst es z. B. in einem Ministerialrescript v. 28. December 1855:[1]

> „Den ausgetretenen Lutheranern werden durch diese Be-„willigung keine Körperschaftsrechte verliehen; dieselben „werden daher ebensowenig als Gemeinden anerkannt, als „ihrem Seelsorger ein öffentlicher Charakter zugestanden „werden kann.“

III. Das Gebiet des Sächsischen Civilrechts.

§ 64.

Allgemeines.

Das Königreich Sachsen, wo durch die Königl. Publicationsverordnung v. 2. Januar 1863 das Sächsische „bürgerliche Gesetzbuch“ (B. G. B.) eingeführt ist, zerfällt in kirchlicher Beziehung in das exemte Gebiet der Oberlausitz und die sächsischen Erblande, welch ersteres der Jurisdiction des Decans des St. Peterstifts zu Bautzen untersteht, wogegen letztere von einem apostolischen Vicar verwaltet werden. Seit dem Jahr 1830 hat aber das genannte Stift den apostolischen Vicar zu Dresden jedesmal zum Decan gewählt, so dafs die Verwaltung der katholischen Kirche Sachsens in einer Hand liegt.[2] Trotzdem kann aber von der Privatrechtspersönlichkeit der Sächsischen Landeskirche keine Rede sein: denn die einheitliche Repräsentanz ist eine zufällige, und was das wichtigste ist, nirgends legt Gesetz oder Rechtsübung die Annahme der Persönlichkeit nahe. Die Frage nach der Bisthumspersönlichkeit tritt hier nicht auf, und die Rechtsfähigkeit des Domstifts zu Bautzen wurde, soweit wir sehen, noch niemals bestritten; in der Oberlausitzer Provinzialversammlung wird dasselbe sogar verfassungsmäfsig vertreten.[3]

---

[1] Spohn, S. 88.

[2] Vering, K. R. 2. Aufl., 217.

[3] V. U. § 63 N. 9. Schulte, jur. Persönlichkeit, 122.

Wir haben hier daher, da in Sachsen auch die Klöster verboten sind,[1] nur über die Localkircheneigenthumsträger abzuhandeln. Der Persönlichkeitscharakter der Localkirche steht nun vorerst aufser allem Zweifel. Die V. O. v. 23. Juli 1846[2] normirt die Verjährungsfrist für „Rückstände an directen und indirecten, dem Staate, den Kirchen und anderen juristischen oder Privatpersonen zuständigen Abgaben, Zehnten, Zinsen, Leibrenten und anderen Renten." Desgleichen gab das Gesetz v. 6. November 1843[3] den Kirchen mit den Staatskassen u. s. w. sogar einen gesetzlichen Hypothekenerwerbstitel.

Ferner ist zu bemerken, dafs das Sächsische B. G. B. die Auslegungsbestimmungen des römischen Rechts (l. 26 C. 1, 2) wörtlich aufgenommen hat. Der § 2165 setzt nämlich fest:

„Hat ein Erblasser zu Gunsten einer Kirche ohne nähere Be„zeichnung derselben, letztwillig verfügt, so ist darunter die Kirche „des Ortes zu verstehen, an welchem er zuletzt seinen Wohnsitz „gehabt hat. Sind an diesem Orte mehrere Kirchen vorhanden, so „gilt die Kirche als bedacht, in welche der Erblasser eingepfarrt war, „und wenn er in keine eingepfarrt war, die Kirche, welche er zu „besuchen pflegte."[4] Hiernach ist also die Localkirche nicht blofs als eigenthumsfähig, sondern die Kirchengutsträgerschaft der Localkirche geradezu als die Regel erklärt.

Bei der Frage, was wir unter der Kirche des Orts zu verstehen haben, wird nicht blofs die oben gegebene Entwicklungsgeschichte, wonach die Kirchen nunmehr als Anstalten oder Stiftungen zu begreifen sind, entscheidend, sondern insbesondere die Auffassung des Sächsischen Gesetzgebers zu ermitteln sein. Die Frage stellt sich demnach so: begreift die Sächsische Gesetzgebung die Localkirche als Anstalts- (Stiftungs-) Ganzes oder als Corporation, d. h. als Kirchengemeinde?

---

[1] V. U. § 56, 2. Abs.: „Es dürfen weder neue Klöster errichtet, noch Jesuiten oder irgend ein anderer geistlicher Orden jemals im Lande aufgenommen werden."

[2] G. u. V. O. Bl., S. 91 ff. und Codex des Kirchen- und Schulrechts von Schreyer, 2. Aufl. (= II.) 658.

[3] G. u. V. O. Bl., S. 186 ff. und Codex, II. 618 ff.

[4] Aehnlich § 2164 (bezüglich der Armen).

§ 65.

Die Stiftungsnatur der Localkirchen.

Der § 52 des B. G. B. kennt neben dem Staat drei Arten von „juristischen Personen“: „Personenvereine, Anstalten und Vermögensmassen“, letztere als Stiftungen gedacht; es hat hier durch die Autorität Siebenhaars, des sächsischen Suarez, eine früher nur sporadisch aufgetretene nichtssagende Dreitheilung gesetzliche Aufnahme gefunden,[1] doch ist das ein lediglich technischer Fehler, welcher keine materiellrechtlichen Consequenzen hat, und schon Schmidt hat in seinen „Vorlesungen über das in dem Königreiche Sachsen geltende Privatrecht“ davon keine Notiz genommen[2] und die juristische Identität von Anstalt und Stiftung ausdrücklich betont.[3] Wie schlecht übrigens Siebenhaar speciell über die kirchenrechtlich bedeutsamen Vermögensfragen unterrichtet war, zeigt sich darin, dafs er meint, die *res divini iuris (res sacrae* und die als besondere *species* (?) aufgeführten *res religiosae)* stünden heute noch „in Niemandes Eigenthum, auch nicht in dem der Kirche.“[4] Es kann auch nicht als eine besonders klare Auffassung bezeichnet werden, wenn er sagt: „Die sog. *res ecclesiasticae* stehen „im Eigenthum der Kirche, welche, soweit sie in ein Verhältnifs „des bürgerlichen Rechts eintritt, die Rechte einer juristischen „Person hat.“[5] Denn was wir uns unter dieser Kirche vorzustellen haben, — die Landeskirche, die Kirchengemeinde, die kirchliche Anstalt, — davon sagt er nichts. Um so klarer ist dagegen die Auffassung Schmidts: „Unter Kirche als Rechtssubject hat „man . . . nicht eine allgemeine Landeskirche, sondern die „für einen Ort oder eine Gemeinde besonders bestehende, der allgemeinen Gottesverehrung gewidmete Anstalt zu verstehen, so dafs „auch hier das Kirchengut nach Art der Stiftungen als personi„ficirt gedacht werden mufs und nicht als Corporationsver„mögen (etwa als Vermögen der Parochialgemeinde) erscheint.“[6] Dieses ist denn auch unsere Ansicht.

---

[1] Siebenhaar, Lehrb. des Sächs. Privatr., 63.

[2] Vgl. z. B. S. 68. — [3] S. 84.

[4] Lehrb. des Sächs. Privatr. 71 N. 1.

[5] a. a. O. N. 4. — [6] S. 84.

Die Sächsische Gesetzgebung begreift das locale Kirchenvermögen unter dem Gesichtspunkt des Stiftungsgutes.[1] Schon die Sächsischen Kirchenordnungen des 16. Jahrhunderts stehen, wie aus der Richterschen Sammlung ersehen werden kann, auf diesem Standpunkt. Die hier beliebte Auffassung der vermögensrechtlichen Localkirche als „Kirchen-“ oder „Gotteskasten“ findet sich auch noch im Synodaldecret v. 6. Aug. 1624,[2] im revidirten Synodaldecret v. 15. Septbr. 1673[3] und im Rescript v. 19. Juni 1723.[4] Die heutige Gesetzgebung hat hierfür die Bezeichnung „Kirchenkasse.“[5] Frühzeitig kommt in der Sächsischen Gesetzgebung zur Bezeichnung der Anstaltsnatur der Localkirche auch der Ausdruck „Kirchenärar“ vor, und das Regulativ vom 11. August 1813[6] definirt das „Kirchen-Aerarium“ als das „Kirchenvermögen im engeren“ Sinn, zu dem alles gehört, „was einer Kirche an baarem Gelde, Kapitalien und Geldeinkünften zusteht.“ Seitdem ist, wie die im Codex (des im Königreich Sachsen geltenden Kirchen- und Schulrechts), II. S. 136, 162, 167, 189, 191 ff., 227 ff., 264, 294, 439, 560 f., 602, 703, 893 vorkommende Gesetzesterminologie zeigt, die Bezeichnung „Kirchenärar“ in der Bedeutung von Kirchenfabrik herrschend. Die Stiftungsnatur dieses Kirchenärars geht schliefslich deutlich daraus hervor, dafs das Gesetz v. 6. Juni 1836[7] von „dem Kirchenärarium und a n d e r e n Fonds“ die Kirchenvorstandsordnung vom 30. März 1868[8] § 27 von „dem Kirchenvermögen oder a n d e r e n hierzu geeigneten Fonds,“ sowie das Mandat v. 30. October 1826 § 15 und 16,[9] von „Verfügungen zu Gunsten einer Kirche, Schule

---

[1] Vgl. z. B. Weber, Systemat. Darst. des im Königr. Sachsen geltenden Kirchenrechts, I. 198, II. 568 ff., welcher die Sächsische Kirchenvermögensgesetzgebung unter dem Titel „Von den in Ansehung der geistlichen Institute und Stiftungen und deren Güter bestehenden Rechtsverhältnissen“ behandelt. Hier sind auch die hauptsächlichsten Gesetzesstellen verzeichnet.

[2] Codex, II. 70. — [3] Codex, II. 111.

[4] Codex, II. 136.

[5] Gesetz v. 15. April 1873, G. u. V. O. Bl., 383 und im Seydewitz'schen Supplementband zum Codex (= Codex Suppl.), S. 34.

[6] Codex, II. 233.

[7] G. u. V. O. Bl., 279 u. Codex 430.

[8] G. u. V. O. Bl., 204. Codex, II. 20.

[9] Angeführt in der Note †† des Codex, II. 152.

oder andern milden Stiftung" spricht.[1] Die Decisio VIII. vom 22. Juni 1661,[2] sowie das Mandat vom 30. Aug. 1671[3] u. a. zählen die Kirchen ausdrücklich zu den *„piae causae"*. Das Mandat vom 4. Juni 1829 § 14[4] und das Gesetz v. 25. Januar 1836 § 44[5] geben den Kirchen, Lehranstalten, Armen- und Waisenhäusern, Stipendienkassen, öffentlichen Versorgungs,- Unterstützungs- und Heilanstalten u. s. w. ein pfandrechtliches Vorzugsrecht, und auch die V. U. v. 4. September 1831 § 60 kennt als Kirchenvermögen nur „Stiftungen . . . für den Cultus, den Unterricht oder die Wohlthätigkeit," und im Anschlufs hieran sagt das Gesetz vom 23. Aug. 1876,[6] die Ausübung des staatlichen Oberaufsichtsrechts über die katholische Kirche im Königreich Sachsen betr., im § 32: „Das Schutz- und Oberaufsichtsrecht des Staates über das Vermögen kirchlicher Stiftungen, § 60 der Verfassungsurkunde, erstreckt sich über das Vermögen der katholischen Kirchen, Kirchenämter und kirchlichen Anstalten."

Manchmal, insbesondere in der neuern Gesetzgebung, findet sich zur Bezeichnung der vermögensrechtlichen Localkirche als Parallelbezeichnung für die „Pfarrlehen" oder Beneficien auch der Terminus „Kirchlehen", so beispielsweise in der Kirchenvorstandsordnung v. J. 1868 § 18 und § 26, und in der V. O., die Competenzverhältnisse in Bezug auf die katholischen Kirchen und Stiftungen in der Oberlausitz betr., v. 14. Septbr. 1874 § 2 N. b.[7]

Helle[8] und Vering[9] haben daher in einem gewissen Sinn Recht, wenn sie betonen, in Sachsen herrsche die Instituten- und nicht die Gemeindetheorie.

---

[1] Vgl. auch die Cult. M. V. O. v. 13. Febr. 1845 im Ges. u. V. O. Bl., 36; Codex, II. 648, sowie die Cult. M. V. O. v. 22. October 1832 und 21. Februar 1833 bei Weber, I. 198.

[2] Codex, II. 96. — [3] Codex, II. 101.

[4] G. u. V. O. Bl., 103; Codex, II. 300.

[5] G. u. V. O. Bl., 13; Codex, II. 518.

[6] G. u. V. O. Bl., 335; Codex, 222 u. v. Seydewitz, die neueren Kirchengesetze für das Königreich Sachsen 1877, S. 183 ff.

[7] G. u. V. O. Bl., 303 u. Codex, II. 174.

[8] Das kirchliche Vermögen, 52.

[9] K. R., 2. Aufl., 766 N. 3.

§ 66.

Die Eigenthumssubjectivität der Kirchengemeinden.

Schmidt[1] scheint gegen, Weber[2] aber für die Vermögensfähigkeit der Kirchengemeinde zu sein. Das Eigenthum der Kirchengemeinde ist bei letzterem aber seiner Natur nach „nur mittelbar und subsidiarisch dadurch begründet, dafs ihre Stiftung zu ihrem Besten gemacht ist,"[3] wie er denn auch in der Kirchengemeinde nur ein „Societätsverhältnifs" erblickt.[4] Siebenhaar[5] spricht sich klar für die Rechtssubjectivität der Sächsischen Kirchengemeinden aus, ist sich aber der hierbei in Betracht kommenden Schwierigkeiten nicht bewufst und entscheidet sich augenscheinlich mehr in Anlehnung an die mifsverstandene gemeinrechtliche Doctrin als in specieller Rücksichtnahme auf die Sächsische Gesetzgebung.

In Sachsen hat sich die Kirchengemeinde als ein von der Kirche oder dem Kirchenärar verschiedenes Rechtssubject herausgebildet. Die Allgemeine Städteordnung v. 2. Februar 1832 § 25[6] kennt den Fall, dafs „einer selbständig verbleibenden Gesellschaft, „z. B. der Parochialgemeinde, einer Handwerksinnung, der Brau„genossenschaft, der Schützengilde, einer Wittwen- oder Grabe„Kassen-Gesellschaft, Knappschaft etc. das Eigenthumsrecht „zusteht." Der § 106 legt dann „der Schützengesellschaft, der Brauerschaft, den Innungen u. s. w." den Charakter der „Corporation" bei, was wir somit auch als genauere Bezeichnung für die Pfarrgemeinde anzusehen haben. Was insbesondere die katholischen Pfarrgemeinden betrifft, so ist, wenn nach dem Gesetz vom 2. November 1848 § 2[7] selbst „die innerhalb eines Pfarrsprengels sich wesentlich aufhaltenden Deutschkatholiken eine Kirchengemeinde (Parochie) mit corporativen Rechten bilden," ja auch nicht einzusehen, warum die 11 oder mehr römisch-katholischen Pfarrgemeinden

---

[1] I. 86. — [2] II. 497, 536.

[3] II. 385, 571. — [4] II. 529. 500.

[5] Sächs. Privatr. 65.

[6] G. S., 21; Codex, II. 337.

[7] G. u. V. O. Bl., 204; Codex, II. 682.

in Sachsen[1] dieses weniger sein sollten. Allerdings wurde die kirchengemeindliche Rechtssubjectivität zunächst nur in der protestantischen Landeskirche zur Entwicklung gebracht, und hier hat die besonders in den 40er Jahren in Sachsen aufs Bestimmteste hervortretende Tendenz, Kirchen- und Civilgemeinde als identische Rechtssubjecte zu begreifen, Erhebliches beigetragen.[2] Der Gesetzgeber machte dann aber in dieser Richtung zwischen den verschiedenen Bekenntnissen keinen Unterschied, und so ist die Persönlichkeitsnatur der katholischen Kirchengemeinden Sachsens nicht zu bezweifeln.

Was nun die begriffliche Verschiedenheit von Kirche und Kirchengemeinde anlangt, so ist diese über allen Zweifel erhaben. Das Gesetz v. 8. März 1838 § 1[3] verpflichtet „die Kirchen- und Schulgemeinden," „die Mittel anzuschaffen, welche ihre Kirchen und Schulen erfordern," und diese Bestimmung findet im § 28 ausdrückliche Anwendung auf die „katholischen Glaubensgenossen in den Erblanden." Desgleichen spricht der § 26 von Grundstücken,

[1] Diese sind nach der Bekanntmachung des Apostolischen Vicars v. 5. Febr. 1849 (G. u. V. O. Bl., 9, Codex II. 695): Die drei Pfarreien in Dresden, ferner Meifsen, Freiberg, Pirna, Leipzig, Hubertusburg, Chemnitz. Annaberg und Zwickau. Die Bekanntmachung vom 1. Februar 1828 (G. u. V O. Bl., 11 ff.) hatte erst acht erwähnt, indem Meifsen, Freiberg und Annaberg noch keinen eigenen Pfarrverband bildeten. Ob durch die gleichfallsige Bekanntmachung vom 17. August 1855 an dem Status v. J. 1849 wiederum geändert wurde, waren wir nicht mehr in der Lage constatiren zu können.

[2] Es war nur ein Ausflufs dieses Theorems, dafs in dem Gesetzentwurf v. 24. Decbr. 1842, die Vertretung der evangelisch-lutherischen Kirchengemeinden betr., die Repräsentanz der Kirchengemeinde dem Vorstand der politischen Gemeinde zugedacht war. Mit diesem Grundsatz waren denn auch beide Kammern einverstanden (Landtagsacten 1843, Abth. II. S. 115 ff., 257 ff., Abth. III. 215 ff., 415 ff.). Dagegen fand der Vorschlag, daneben noch einen besonderen Kirchenausschufs zu bestellen, in beiden Kammern bedeutenden Widerspruch, und die erste Deputation der ersten Kammer leugnete geradezu die rechtliche Existenz einer von der bürgerlichen Gemeinde verschiedenen selbstständigen Kirchengemeinde. Vgl. Weber, II. 508. Der Entwurf wurde schliefslich abgelehnt, weil man sich über die Rechtsverhältnisse zusammengesetzter Parochien nicht einigen konnte. Die Differenzpunkte sind dargelegt in dem ersten Bericht der ersten Deputation der zweiten Kammer v. 8. März 1843 (Landtagsacten 1843. Beil. z. 3. Abth., Samml., I. 571 ff.).

[3] G. u. V. O. Bl., 266; Codex, II. 545.

„welche im Eigenthume der ganzen Kirchen- oder Schulgemeinde, oder deren Kirchen und Schulen sich befinden,“ [1] und das diesbezügliche Erläuterungsgesetz v. 21. März 1843 [2] sichert eine Realbefreiung von Kirchen- und Schulanlagen:

„a) allen im Eigenthume derjenigen Kirchen- oder Schul-„gemeinde, in welcher die Anlage erhoben wird, befindlichen Grund-„stücken,“ .... „c) allen sonstigen Grundstücken der Kirchen, „Schulen, Pfarr- und Schullehne und milden Stiftungen, „welche der Gemeinde, in der die Anlage erhoben wird, selbst an-„gehören oder speciell gewidmet sind,“ unter welch letzterem Ausdruck selbstverständlich nur ein Stiftungs- oder, was die Kirche selbst anlangt, ein Kirchenärar-Eigenthum gemeint sein kann. Die Kirchenvorstandsordnung v. J. 1868 trifft sogar Vorkehrungen für den Fall, dafs „die Interessen der Kirche mit denen der Kirchen- oder politischen Gemeinde collidiren.“ [3] Das Cultusministerium hatte somit ganz Recht, wenn es in einer V. O. vom 31. Januar 1845 von einer „Vertretung der Kirchengemeinden als moralischer Person“ sprach, mit dem Zusatz, dafs diese „von der Vertretung der Kirchen-, Pfarr- und sonstigen geistlichen Lehne gänzlich verschieden sei.“ [4]

Wenn so aber auch der von dem Kirchenärar verschiedene Persönlichkeitscharakter der Kirchengemeinden feststeht, so glauben wir doch nicht, dafs sich in Sachsen in Wirklichkeit viel kirchengemeindliches Vermögen befindet. Selbst die protestantische Kirchen-

---

[1] Ferner das Publicationsgesetz v. 16. April 1873, § 6 (G. u. V. O. Bl. 374; Codex Suppl., 139): „Die im § 5 des Kirchengesetzes unter N. 23 dem Landesconsistorium zugesprochene Genehmigung zur Anlegung neuer, zur Saecularisation und Veräufserung alter Gottesäcker erstreckt sich nur auf solche Gottesäcker, welche von Kirchen oder Kirchengemeinden angelegt werden, oder sich in deren Eigenthum befinden.“ Dafs das »oder« hier keine identificirende Bedeutung hat, geht aus der im Text angeführten Gesetzesstelle hervor.

[2] Codex, II. 553.

[3] § 26. Abs. 3, Codex Suppl., 36. Desgleichen das Gesetz v. 15. April 1873, § 5 N. 2: „Der Geschäftskreis des Landesconsistoriums umfafst insbesondere .... die Sorge für die Vertretung der Kirche, wo deren Interessen mit denen der Kirchengemeinde ... collidiren.“

[4] Schreyer im Codex, II. 594 N. **.

vorstands- und Synodalordnung v. J. 1868 bezeichnet im § 1 als Beruf und Befugnifs der Kirchengemeinde, „das Vermögen ihrer Kirche und das Vermögen der kirchlichen Stiftungen . . . zu verwalten;“ wenn irgendwo, so wäre hier Gelegenheit gewesen, von der Verwaltung des eigenen Vermögens zu sprechen. Eine ähnliche Wendung findet sich auch im Deutschkatholikengesetz v. J. 1848 § 9: „Die Kirchengemeinden und das Vermögen ihrer Kirchen, Schulen und milden Stiftungen sind in allen weltlichen Dingen . . . den Gesetzen des Staates unterworfen.“ Desgleichen spricht die V. O. v. 12. September 1874, welche die Kirchenvorstände als Vertreter der Kirchengemeinden bezeichnet, im § 3 N. 9 wiederum in althergebrachter Weise nur vom „Grundeigenthum der Kirchen, der Kirchenämter, der kirchlichen Stiftungen und Anstalten.“ Die Rechtssubjectivität der Kirchengemeinden scheint vorherrschend zu publicistischen Zwecken ausgebildet worden zu sein, insbesondere für Steuer-[1] und Verwaltungssachen,[2] und wir werden eine Führung fremder Geschäfte mitunter sogar anzunehmen haben, wenn, wie z. B. in der V. O. v. 10. Januar 1839 § 72,[3] von „Erwerbungen“ der Kirchengemeinden die Rede ist. Mag aber das kirchengemeindliche Eigenthum in Sachsen auch selten sein, die Privatrechtssubjectivität und damit die Möglichkeit des Eigenthumserwerbs der Kirchengemeinden darf nicht bezweifelt werden.

Dafs wir es in der Sächsischen Kirchengemeinde mit einer langsam und dabei noch verhältnifsmäfsig einseitig entwickelten Rechtsinstitution zu thun haben, zeigt am besten die Geschichte ihrer Vertretung. Diese wurde schon frühzeitig, insbesondere aber durch das Gesetz vom 8. März 1838, nothwendig. Die V. O. vom 12. October 1841 erwähnt des „Beiraths und der Unterstützung der Schul- und Kirchenväter“ und fährt dann fort:

---

[1] V. O. v. 12. October 1841 § 6 (Codex, II. 595) u. Gesetz v. 8. März 1838, § 28 (Codex, II. 553). Was in der V. O. von der Kirchengemeinde des Besondern gesagt ist, ordnet das letzterwähnte Gesetz im § 1 bezüglich der Gemeinden im Allgemeinen an (Codex, II. 546).

[2] Vgl. beispielsweise die V. O. v. 21. Septbr. 1874, § 2, und die Kirchenvorstandsordnung, § 1.

[3] Codex, II. 559.

„Wenn in einer Parochie Kirchväter noch nicht bestellt sind, so ist „wegen deren Ernennung, und zwar in demselben Mafse, wie bisher „die der Schulväter erfolgt ist, das Nöthige annoch zu veran- „stalten.“ Noch im Jahre 1843 klagte jedoch Weber: „Die in neuerer „Zeit bereits öffentlich angedeutete Absicht der vaterländischen „Regierung, eine hauptsächlich auf freie Wahl der Gemeinden „basirte amtlich autorisirte Localbehörde für mehrfache äufsere „kirchliche Angelegenheiten jeder einzelnen Parochie, als untere „Verwaltungsinstanz, durch Einrichtung von Kirchenvorständen „(Parochial-Deputationen, kirchlichen Gemeindeausschüssen) zu be- „stellen, um auf unbedenkliche Weise den Gemeinden selbst eine „Theilnahme ihrer Repräsentanten an der Verwaltung zu gewähren, „ist bis jetzt noch nicht zur Ausführung gelangt.“ [1] Das Gesetz, die Vertretung der evangelisch-lutherischen Kirchengemeinden in Rechtsstreitigkeiten betr., v. 30. März 1844 [2] schuf dann Abhilfe, doch war die Vertretung immer noch keine umfassende, da die Absicht der Staatsregierung, eine in allen Beziehungen, und nicht blofs im Procefs, namentlich auch in Verwaltungssachen zuständige Kirchengemeindevertretung zu schaffen, immer noch an der Meinungs- verschiedenheit der Kammern scheiterte. Diese Lücke suchte nun eine Cultusministerialverordnung v. 22. April 1844 auszufüllen, indem sie nach Erörterung der zeitigen Rechtslage ausführte: „Es „ist jedoch um so gewisser vorauszusehen, dafs die kirchlichen Ver- „waltungsbehörden auch in allen Fällen, wo aufserhalb eines Pro- „cesses von den Kirchengemeinden in äufsern kirchlichen Angelegen- „heiten Erklärungen abzugeben, oder deren verfassungsmäfsige „Rechte wahrzunehmen sind, die gesetzlichen Organe und Vertreter „der betreffenden politischen Gemeinden deshalb angehen und „beziehentlich als competent betrachtet werden, als dies schon „vorher selbst auf dem Lande, seit Einführung der Landgemeinde- „ordnung v. 7. Nov. 1838, im Wesentlichen so gehalten worden „ist.“ [3] Die Unsicherheit wurde jedoch erst durch das Abänderungs- und Erläuterungsgesetz v. 12. December 1855 § 2 [4] und durch die Kirchenvorstands- und Synodalordnung v. J. 1868 beseitigt, aber

[1] I. 144. — [2] G. u. V. O. Bl., 140; Codex, II. 637.
[3] Codex, II. 637; Anm. **. — [4] Codex, II. 549.

es ist charakteristisch genug, daſs das Gesetz v. 22. Mai 1876 § 6 noch besondere Bestimmungen treffen muſs für die Fälle, „wo eine Kirchengemeindevertretung nicht vorhanden ist.“ [1]

Was die Vertretung der katholischen Kirchengemeinden betrifft, so fanden die evangelisch-kirchlichen Rechtsbestimmungen des Gesetzes vom Jahr 1844 hier analoge Anwendung, [2] und das „Provinzialstatut“ für die Vertretung der katholischen Kirchengemeinden in der Oberlausitz v. 26. Mai 1852 [3] hat dies noch einmal ausdrücklich erklärt. Das Gesetz v. 12. December 1855 sodann ist für die Kirchengemeinden schlechthin, also nicht bloſs für diejenigen des evangelisch-lutherischen Bekenntnisses, erlassen worden. Die Königliche V. O. v. 1. Mai 1844 [4] hatte schon die Wahl von Vertretern der katholischen Pfarrgemeinde zu Leipzig geregelt, und Weber sprach sich bereits dahin aus, daſs diese V. O. auf die übrigen katholischen Pfarrgemeinden „analoge Anwendung finden könne“ [5].

Der Kirchenvorstand erscheint als Vertreter der Kirchengemeinde. Das bezeugen nicht bloſs die Gesetze von 1844, 1855 und 1868, sondern auch das Gesetz v. 22. Mai 1876 § 6 erwähnt wieder der „Kirchengemeindevertretung.“

Der Kirchenvorstand ist aber auch Vertreter des Kirchenärars, [6] und nur für den Fall, daſs die Rechte der Kirche und die Kirchengemeinde collidiren, ist für die erstere durch die Kirchenvorstandsordnung § 26 Abs. 3 und das Gesetz v. 15. April 1873 § 5 N. 26 eine besondere Vertretung angeordnet. Die Kirchenvorstandsordnung betraut im § 18 N. 9 den Kirchenvorstand mit der „Vertretung des Kirchenlehns und der Kirchengemeinde in

---

[1] G. u. V. O. Bl., 251; Codex Suppl., 220.

[2] Schreyer im Codex, II. 637.

[3] G. u. V. O. Bl., 97, Codex, II. 755.

[4] G. u. V. O. Bl., 147. — [5] II. 511.

[6] Schon Weber machte den Vorschlag, I. 145: „Dergleichen Kirchenvorstände können zu einer zweifachen Tendenz und Wirksamkeit bestimmt werden, einmal zur Vertretung der Kirchengemeinde bei kirchlichen Localangelegenheiten ... sodann zur Theilnahme an der Verwaltung des geistlichen Localvermögens und aller sonstigen Mittel zur Bestreitung kirchlicher Localbedürfnisse.“

Rechtsangelegenheiten." Desgleichen heifst es im § 26: „Der Kirchen-„vorstand vertritt a) das Kirchenlehn in allen Angelegenheiten, „bestellt für selbiges in Rechtsangelegenheiten den Actor und voll-„zieht die Schuldverschreibung, wenn für die Kirche ein Kapital „aufgenommen wird . . . Der Kirchenvorstand vertritt b) die „Kirchengemeinde nicht nur in Rücksicht ihrer kirchlichen Inter-„essen, sondern auch in Rechtsangelegenheiten und Rechtsstreitig-„keiten gegen jeden Dritten, sowie gegen Einzelne in ihrer Mitte." [1] Hiermit ist denn die Rechtssubjectivität und begriffliche Verschiedenheit von Kirche und Kirchengemeinde zur Evidenz erwiesen.

§ 67.

Die Eigenthumssubjectivität der Beneficien.

Die Sächsische Gesetzgebung begreift die Beneficien mit Vorliebe unter dem Namen „Lehen" („Lehne, Lehn") und erwähnt von den „geistlichen Lehnen" besonders oft die „Pfarrlehne". Dies geschieht schon in den Generalartikeln v. 1. Januar 1580 c. 22,[2] im Rescript vom 18. Juni 1634[3] und dann immer regelmäfsiger. Schmidt[4] irrt jedoch, wenn er meint, die in der Sächsischen Gesetzgebung sehr oft vorkommende Bezeichnung „Kirchlehen" bedeute dasselbe. Wie wir früher gesehen, haben wir hier nur eine andere Bezeichnung für Kirchenärar, und es sind „Kirchen und Pfarrlehne"[5] ganz wie „Kirchen- und Pfarrlehne"[6] oder „Kirchen und Pfarren"[7] zwei verschiedene Vermögensträger, wie die „Kirchen- und Pfarrgüter"[8] zwei verschiedene Vermögensmassen. Die heutige Gesetz-

---

[1] Auch eine V. O. v. 10. Febr. 1870 (G. u. V. O. Bl., 15, Codex Suppl. 36) spricht von einem „zur Vertretung des Kirchenlehns und der Kirchengemeinde berufenen Kirchenvorstand."

[2] Codex, II. 41, 52. — [3] Codex, II. 82.

[4] I. 86.

[5] V. O. die Bestellung von Actoren in Angelegenheiten der Kirchen und Schulen, der Pfarr- und Schullehne betr. v. 9. October 1841 (Codex, II. 594). Desgl. V. O. v. 6. Aug. 1851 (Codex, II. 749 f.).

[6] Gesetz. v. 11. Septbr. 1843, § 3 N. 5 (Codex, II. 611).

[7] Bereits die Generalartikel v. J. 1580, c. 42 (Codex, II. 52).

[8] Generalartikel c. 42. Das Synodaldecret v. 6. Aug. 1624, § 92 (Codex, II. 71) wie das revidirte Synodaldecret v. 15. September 1673, § 77 (Codex, II. 111) stellen sie folgendermafsen gegenüber: „Wie es aber abgesagter massen

gebung und Wissenschaft bevorzugt den ebenfalls schon in den Generalartikeln v. J. 1580 c. 42 vorkommenden Terminus „Pfarre". „Beneficium" fanden wir einmal in dem Mandat, die Ausübung des Römisch-Katholischen Gottesdienstes betreffend, v. 16. Februar 1807.[1]

Was die Privatrechtssubjectivität der Beneficien betrifft, so haben schon die Generalartikel v. J. 1580 ein besonderes Capitel (29) „Von Lafsgütern, Aeckern, Wiesen, Gärten und Fisch-Wassern, so zum Pfarr-Lehen gehören," worin Vorkehrungen getroffen werden, dafs „die Pfarren bey ihrem Eigenthum bleiben."[2] Wendungen in der Art, dafs gewisse Güter den Kirchen, Pfarren, Schulen oder milden Stiftungen gehören, finden sich oft.[3] Die „Kirchen, Schulen, Pfarrlehnen, Hospitäler" erscheinen in der Gesetzgebung als „Stiftungen,"[4] insbesondere begreift auch das Gesetz vom 23. August 1876 § 32 „das Vermögen der katholischen Kirchen, Kirchenämter und kirchlichen Anstalten" als „Vermögen kirchlicher Stiftungen, § 60 der Verfassungsurkunde." Die V. O. vom 12. Septbr. 1874 sodann kennt im § N. 9 ein „Grundeigenthum der Kirchen, der Kirchenämter, der kirchlichen Stiftungen und Anstalten." Zum Schlufs sei noch eine Oberappellationsgerichtsentscheidung vom 14. Juni 1864 erwähnt: „Das Eigenthum der Grund„stücke, deren vollständige oder modificirte Benutzung dem „Pfarrer als Theil seines Diensteinkommens gebührt, steht nach „der Verfassung hiesiger Lande der geistlichen Stiftung, der Pfarr„stelle, als einer im Staate anerkannten, rein juristischen Persön„lichkeit zu, und nur bedingungsweise kann bei diesen Grundstücken „von einem unmittelbaren oder subidiären Rechte der Kirche oder „Kirchengemeinde die Rede sein."[5] Das Letztere bezeichnet einmal Mooren nicht ungeschickt als einfaches „Beschwerderecht."[6]

---

unbillig ist, die Pfarr-Güther zu bezwacken oder zu verringern: Also wollen wir auch bey denen Kirchen-Güthern durchaus solches verboten und männiglich gewarnet haben." Vgl. auch die Kirchenvorstandsordnung, 1868, § 22.

[1] Codex, II. 204. — [2] Codex, II. 43.

[3] Beispielsweise Rescr. v. 2. November 1803 (Codex, II. 201), V. O. v. 28. April 1826 (Codex, II. 276), V. O. v. 10. April 1835, § 2 N. 1 (Codex, II. 426), Erläuterungsgesetz v. 21. März 1843, § 4 (Codex, II. 553).

[4] Vgl. Weber, I. 317; II. 572 (571), 568.

[5] v. Seydewitz im Codex Suppl., 606.

[6] Ueber Eigenthum an Kirchhöfen, 28.

Es steht somit fest, daſs auch nach Sächsischem Recht die Beneficien selbständige von der Kirche und Kirchengemeinde verschiedene Personen sind,[1] welche zudem eine von diesen durchaus verschiedene Verwaltung und Vertretung haben. Bereits die V. O. v. 14. Mai 1830 § 1 ff.[2] verlangte die Einrichtung einer vollständigen Kirchen- und Pfarracten-Repositur, desgleichen (§ 29) getrennte Inventarien.[3] Die Kirchenvorstandsordnung v. J. 1868 bestimmte dann gleich im § 1 Abs. 2: „In die Verwaltung der den Geist„lichen und Kirchendienern zu ihrem Nieſsbrauche und Unterhalte „angewiesenen Grundstücke und Fonds darf die Kirchengemeinde „nicht eingreifen." Ebenso heiſst es im § 26: „Die Vertretung der geistlichen Lehne steht . . . nicht dem Kirchenvorstande, sondern der Kircheninspection zu."[4]

§ 68.

Die Eigenthumssubjectivität der kirchlichen Stiftungen.

Nach einem Verzeichniſs v. J. 1828[5] giebt es im Königreich Sachsen neben den eigentlichen Kirchenärarien, Beneficien und Stipendienkassen 525 Stiftungen für Kirchen, Pfarreien, Schulen und Hospitäler, und schon Weber theilte 1845 mit, daſs sich dieselben seitdem vermehrt hätten.[6]

Die Persönlichkeitsnatur dieser Anstalten und Stiftungen[7] ist noch niemals bezweifelt worden. Wohlthätigkeitsanstalten haben

---

[1] Vgl. auch Schmidt, I. 86; ferner Weber, II. 385 und II. 395 über den Unterschied von »Pfarrwaldungen«, welche dem Pfarrbeneficium gehören, und den »Kirchhölzern«, deren Eigenthum der Kirche gehört, wenn auch Geistliche mitunter ein Deputat erhalten.

[2] Codex, II. 309. — [3] Das Schema im Codex, II. 313.

[4] Ebend. „Der Kirchenvorstand hat aber über die Erhaltung, sowie pflegliche Benutzung derselben die nächste Aufsicht zu führen und ist bei jeder Veränderung oder Verminderung der Substanz mit seinem Gutachten zu hören." Vgl. ferner v. Seydewitz im Codex Suppl., 6 u. 606.

[5] G. S., 345 ff. — [6] II. 571[5].

[7] Speciell über katholische Stiftungen vgl. das Mandat v. 19. Februar 1827, § 34 (Codex, II. 285). Die Anlage (Codex, II. 287) erwähnt insbesondere das „Josephinische Stift und die damit verbundene Burkersrodaische Fräuleinstiftung, ingleichen das Friedrichstädter Krankenstift," welche „unter alleiniger Direction des jedesmaligen *Vicarii apostolici* verbleiben."

sogar ein Intestaterbrecht in den Nachlafs ihrer Pfleglinge,[1] und der Stempeltarif v. 11. Januar 1819 gesteht den „Vermächtnissen und Schenkungen an Lehr-, Wohlthätigkeits-,[2] Zucht- und Arbeitsanstalten,“ ferner das Rescript v. 15. April 1830 auch denjenigen an „Kirchen und für kirchliche Zwecke“ sogar Befreiung vom Erbschaftsstempel zu.[3]

Die Persönlichkeitsanerkennung betreffend, bestimmt das Gesetz v. 15. Juni 1868 § 6:[4]

> „Für Stiftungen und Anstalten, welche zu dauernden kirch- „lichen, mildthätigen oder gemeinnützigen Zwecken selbst- „ständig errichtet sind, genügt hierzu die Genehmigung der „Stiftung oder Anstalt und ihres Zweckes durch die com- „petente Verwaltungsbehörde.“
>
> „Stiftungen und Anstalten oder Vermögensmassen, welche „andern Zwecken dienen, bedürfen der ausdrücklichen An- „erkennung als juristische Person Seitens der gedachten „Behörde.“

In dem letzten Falle wird also eine ausdrückliche Genehmigung erfordert; dafs dieser Zusatz bezüglich der Stiftungen erster Gattung fehlt, zeigt, dafs hier auch ein stillschweigendes, nur durch concludente Handlungen kundgegebenes Einverständnifs des Ressortministers genügt.[5] Ferner ist bei den Stiftungen der ersten Art nur eine Genehmigung des Stiftungszweckes, im letzteren Falle aber eine Anerkennung als juristische Person erforderlich. Somit

---

[1] Mandat v. 31. Januar 1829 (G. S. 37, Codex, II. 296 f.). Rescript vom 16. März 1829 (G. S. 84, Codex, II. 299 f.). Armenordnung v. 22. October 1840, § 68 (Codex, II. 579). B. G. B., § 2057—2060, 2617.

[2] Beispielsweise hat der Churfürst Friedrich August durch Rescript vom 28. September 1801 (Codex, II. 200) „die von einigen Privatpersonen in hiesiger Friedrichstadt errichtete Erziehungsanstalt nunmehro als eine öffentliche milde Stiftung anerkannt und selbige der nach der Verfassung und den Rechten den anerkannten *piis causis* in Unsern Landen zustehenden Rechtswohlthaten und Befugnisse theilhaft gemacht.“

[3] Codex, II. 308.

[4] G. u. V. O. Bl., 315, Codex Suppl., 48.

[5] Vgl. auch Schmidt, I. 68. Man würde der sprachlichen Technik des Gesetzgebers jedenfalls nicht gerecht werden, wenn man das »ausdrücklich« mehr mit »juristische Person« als mit »Anerkennung« in Verbindung bringen wollte.

kommen wir zu dem Resultat: Der Personencharakter einer kirchlichen Stiftung in Sachsen wird existent durch die stillschweigende Genehmigung der Stiftungsanlage von Seiten des Cultusministers. Daran ändert auch nichts der § 33 des Gesetzes v. 23. Aug. 1876:[1]

> „Stiftungen für Zwecke der katholischen Kirche oder „für Geistliche oder Kirchendiener dieser Kirche bedürfen „zu staatlicher Anerkennung und Erlangung der Rechte „juristischer Personen der Genehmigung der Staatsregierung,“

denn diese Genehmigung ist hier ebenso wenig wie im § 52 des B. G. B. als eine ausdrückliche bezeichnet. Uebrigens bedarf es wohl kaum der Bemerkung, dafs es dem kirchlichen Interesse nur zu sehr entspricht, durch nachgesuchte ausdrückliche Genehmigung jegliche Unsicherheit zu beseitigen. Das Sächsische Recht unterscheidet sich somit von dem gemeinen Recht dadurch, dafs hier die Stiftungen nicht schon *in genere* kraft Rechtssatzes Personen sind, sondern dafs für jeden einzelnen Fall die Genehmigung der Regierung bestimmend ist, die sich allerdings schon in einem blofsen *pati* rechtskräftig äufsert.

IV. Das Gebiet des preufsischen Allgem. Landrechts.

§ 69.

Die civilrechtliche Präsumtion des Kirchengesellschaftseigenthums.

Nach Thl. II. tit. 11 § 160 u. 170 des A. L. R. gehören „die „Gebäude, liegenden Gründe, Kapitalien und alle Einkünfte, welche „zur anständigen Unterhaltung des äufseren Gottesdienstes für jede „Kirchengesellschaft nach deren Verfassung bestimmt sind,“ ferner

---

[1] G. u. V. O. Bl., 267, Codex Suppl., 222. Bezüglich der evangelisch-lutherischen Stiftungen vgl. § 7 des Gesetzes vom 16. April 1873: „Dadurch, dafs im § 5 des Kirchengesetzes unter N. 24 die Annahme und Genehmigung der Annahme von Stiftungen für kirchliche Zwecke, für Geistliche, Kirchendiener und deren Familien dem Landesconsistorium zugewiesen wird, erhält letzteres keinerlei Berechtigung, die staatliche Genehmigung und Anerkennung von Stiftungen auszusprechen oder zu ersetzen, und ihnen dadurch die Rechte juristischer Personen zu ertheilen. Vielmehr gehört hierzu in jedem einzelnen Fall auch fernerhin die Genehmigung der betreffenden Stiftung und ihres Zweckes.“

die „Kirchen und andere dazu gehörige Gebäude“ zum „Vermögen“ resp. „Eigenthum der Kirchengesellschaft, zu deren Gebrauche sie bestimmt sind.“ [1]

Aus dieser Bestimmung pflegt man den Satz herzuleiten, dafs nach dem preufs. A. L. R. das gesammte Kirchengut Eigenthum der Kirchengesellschaften sei, mit anderen Worten, dafs es hier nur Kirchengesellschaftseigenthum gebe. [2] Diese Auffassung ist aber

---

[1] Hieraus ergiebt sich die Gehaltlosigkeit der Uhrig'schen Annahme (Kirchengut 1867, S. 3): „Im K. preufsischen Landrecht sind wenigstens die Kirchengebäude als Staatseigenthum erklärt.“ Uhrig beruft sich auf II. 11 § 18: „Die von ihnen (den Kirchengesellschaften) zur Ausübung ihres Gottesdienstes gewidmeten Gebäude werden Kirchen genannt und sind als privilegirte Gebäude des Staates anzusehen.“ Es gehört aber wahrhaftig viel dazu, diesen locativen Genetiv im Sinn einer Eigenthumsbestimmung zu deuten.

[2] So auch Förster, preufs. Privatr. (1873) IV. 398: „Hier interessiren nur einige privatrechtliche Fragen: zunächst wer ist Eigenthümer des Kirchenvermögens? Gemeinrechtlich ist dies sehr streitig, nach A. L. R. aber ist . . . anzunehmen, dafs die einzelne kirchliche Gemeinde in ihrer örtlichen Bedeutung die Eigenthümerin ist.“ Ferner S. 400 N. 124. Desgleichen heifst es in der durch Eccius besorgten 4. Aufl. IV. 1, S. 745: „Das Landrecht gab die Persönlichkeit nur den localen Kirchengesellschaften.“ Eine andere Stelle (Theorie der preufs. Gesetze über das Eigenthum am Kirchenvermögen im Suckow'schen „Prophet“ 1846, S. 230) kann zweifelhaft sein: „Es steht mithin fest, dafs nach preufsischem Rechte die Kirchengesellschaft oder einzelne Gemeinde Eigenthümerin ihres Vermögens ist.“ Am bestimmtesten und consequentesten vertritt diesen Standpunkt Fr. v. Sybel: „Das Resultat unserer bisherigen Untersuchung ist, dafs innerhalb der ganzen Monarchie das Eigenthum am katholischen Kirchengut den aus den Mitgliedern der einzelnen Gemeinden bez. der verschiedenen Diöcesen gebildeten Kirchengesellschaften gebührt“ (Das altkath. Bisthum, 44). Ebenso hält es Sternberg für ausgemacht, „dafs in den Ländern des preufsischen Landrechts die katholischen Pfarrkirchen den katholischen Pfarrgemeinden, die Domkirche den katholischen Diöcesangemeinden gehören.“ Versuch einer jurist. Theorie vom Eigenthum der römisch-kath. Kirche, S. 23. Desgl. Allgem. Landr. von Rehbein-Reincke, 2. Aufl. zu II. 11, § 160, Anm. 63. Von der Annahme, dafs es nur Gesellschafts- resp. Gemeindeeigenthum in Preufsen gebe, mufs man zweifellos zur Construction von Diöcesan- resp. Nationalkirchengesellschaften kommen. Für v. Sybel u. A. hätte aber der Umstand, dafs eine solche Construction gerade durch das A. L. R. auf das Bestimmteste ausgeschlossen ist, ein Fingerzeig sein sollen, dafs ihre ganze Voraussetzung falsch ist. Der § 36 bestimmt nämlich: „Mehrere Kirchengesellschaften, wenn sie gleich zu einerlei Religionspartei gehören, stehen dennoch

schon deswegen verkehrt, weil die citirten Paragraphen nur von einem Theil des Kirchengutes, d. h. blofs von dem für örtliche Zwecke bestimmten Vermögen reden. Dem Vermögen der bischöflichen *mensa,* der Domcapitel, der Seminarien, der Centralfonds u. s. w. den Charakter des Gemeindevermögens aufzuprägen, fiel dem preufsischen Gesetzgeber nicht ein.

Auch das neue Vermögensverwaltungsgesetz vom 20. Juni 1875, welches die Herrschaft der Gemeindetheorie durch die Organisation einer selbständigen Gemeindeverwaltung erweiterte und erst dauernd begründete, „schliefst die Anwendung des Gesetzes für gewisse Ge„meinden, nämlich für Dom-, Militär- und Anstaltsgemeinden „aus, da für diese die in dem Entwurf angeordnete Organisation „der Vermögensverwaltung nicht pafst. Insbesondere nehmen die „mit den Kathedralen verbundenen Pfarreien, welche durch das Dom„capitel, beziehungsweise einen von diesem committirten Domherrn „verwaltet werden, eine eigenthümliche Stellung ein, weil sie mit „aus dem für die bischöfliche Kirche und das Capitel bestimmten „Vermögen unterhalten werden.“ [1]

Es ist aber auch ferner verkehrt, jedes für Kirchengemeindezwecke bestimmte Vermögen schlechthin für Kirchengesellschafts-

---

unter sich in keiner nothwendigen Verbindung.“ Interessant ist in dieser Hinsicht die Geschichte des § 751 (vgl. darüber Jacobson, Evang. K. R. 638—641). Der 1. u. 2. Entwurf (§ 209, 210 resp. 139—141, 143) hatte nämlich die Bestimmung: „wenn eine Kirche oder geistliche Stiftung mehr Vermögen besitzt, als sie zur Erreichung ihres Zweckes nöthig hat, so ist sie schuldig, anderen mit ihr zu einerlei Zweck verbundenen Kirchengesellschaften zu Hilfe zu kommen. Der Staat hat das Recht, nach vorhergegangener Untersuchung die hilfsbedürftigen Kirchengesellschaften von einerlei Art auf den Ueberflufs der reicheren anzuweisen.“ Der deshalb erhobene Widerspruch konnte nicht beseitigt werden, obschon Suarez erklärte: „Mufs man solche ja nicht aus einer vermeintlichen *Communione bonorum* unter den Kirchengesellschaften, noch aus einem Obereigenthum des Staates herleiten, sondern blofs auf gewisse natürliche Billigkeit gründen, die dadurch, dafs gleichwohl alle Kirchengesellschaften einen gemeinschaftlich zum allgemeinen Besten unumgänglich nothwendigen Zweck haben, unterstützt werde“ (Materialien z. A. L. R. XV. 121 f.). Suarez war aber dann selbst gegen eine Eigenthumsverschiebung, und bei der Schlufsredaction kam diese Bestimmung nicht in Aufnahme.

[1] Motive, Anlage 16, S. 219.

eigenthum zu halten.[1] denn das A. L. R. kennt neben dem „Kirchenvermögen" im engeren Sinne auch noch ein besonderes Stiftungsvermögen und ein Pfarr- oder Pfründevermögen, welches man denn Kirchenvermögen im weiteren Sinn zu nennen pflegt. Als daher bei der Berathung des preufsischen Gesetzentwurfs, betr. die Vermögensverwaltung in den katholischen Kirchengemeinden, der Antrag gestellt worden war, einen § 1a einzufügen: „Die Kirchengemeinde ist Eigenthümerin des gesammten in der Pfarrei vorhandenen kirchlichen Vermögens," erklärte nach Ausweis des Commissionsberichts (S. 5) der Regierungscommissar, der Ausdruck, dafs die Gemeinde Eigenthümerin des »gesammten« kirchlichen Vermögens sei, greife zu weit. Es wurde auch weiter darauf hingewiesen, dafs man doch unmöglich Zuwendungen, welche ausdrücklich einem kirchlichen Institut gemacht seien, mit einem Schlage für Eigenthum der Gemeinde erklären könne. So wird also die Anwendbarkeit der oben citirten Landrechtsparagraphen in immer engere Grenzen gewiesen, und selbst innerhalb derselben haben sie nicht den Charakter zwingenden Rechts.

Zur Feststellung des juristischen Inhalts der Landrechtssätze ist nämlich vor Allem nöthig, auf den § 3 B. I. unserer Darstellung zu verweisen, wonach die einseitige Feststellung des Eigenthumssubjects früher erworbener Vermögensstücke durch einen Constitutivact der Gesetzgebung ausgeschlossen ist, und sie nur als Saecularisation den Charakter der gesetzlichen Verbindlichkeit hat, also nur bei der unzweifelhaften Enteignungsabsicht, die strictissime nachzuweisen ist, aber nicht vermuthet wird. Für das Landrecht mufs aber jede Enteignungsabsicht geleugnet werden. Das Publicationspatent sagt in dieser Hinsicht (VIII.): „Wir verordnen ausdrücklich, dafs jeder, welcher sich zur Zeit der Publi-„cation dieses Landrechts in einem nach den bisherigen Gesetzen „gültigen und zu Recht bestehenden Besitz irgend einer Sache

[1] Beispielsweise Dernburg, Preufs. Privatr. 1835, I. 86: „Und zwar ist nach dem Landrechte als Eigenthümer des Vermögens der einzelnen Kirchen, der katholischen wie der evangelischen, die Kirchengemeinde anzusehen." Unbestimmter in der 4. Aufl. 1884, S. 108: „Corporationsrechte haben ihre einzelnen Kirchen, so dafs nach L. R. als Subjecte und Eigenthümer (wovon?) die Kirchengemeinden gelten." Auch die Note 8, S. 87 (1. Aufl.) ist unklar.

„oder irgend eines Rechtes befindet, darin gegen Jedermann ge-„schützt und in der Ausübung dieser seiner wohlerworbenen Gerecht-„same und unter irgend einem aus dem Allgemeinen Landrecht „hergenommenen Vorwande nicht gestört oder beunruhigt werden „soll.“ Entweder enthält der Landrechtssatz einen bloſs declarativen Gedanken, und dann hat er nur insofern Werth, als das Declarirte wirklich wahr ist: die Quelle der Wahrheit ist dann aber nicht die landrechtliche Norm, sondern liegt auſserhalb und ist dort zu finden. Dieses auf den § 160 und 170 des preuſsischen Landrechts angewandt, würde heiſsen: Die jeweilige Kirchengesellschaft hat nur insofern das Eigenthum des Kirchenvermögens und der Kirchen, als ein Eigenthumsrecht auch wirklich nachweisbar ist. Das wäre aber eine Absurdität, und damit ist die bloſs declarative Natur der angezogenen Landrechtsparagraphen ausgeschlossen. Nehmen wir aber die Sätze als einseitige und den wirklichen Verhältnissen widersprechende Constitutivbestimmungen, so ist eine Saecularisationsabsicht nachzuweisen, die aber, wie die Entstehungsgeschichte des A. L. R. zeigt, wiederum auf das Bestimmteste ausgeschlossen ist. Die declarative und constitutive Absicht sind aber auch ebenso wie die Annahme, daſs in Zukunft nur die Kirchengesellschaft kirchliches Eigenthum erwerben könne, schlieſslich gleichmäſsig ausgeschlossen, weil, wie wir zeigen werden, im Gebiete des A. L. R. die verschiedenartigsten kirchlichen Institute als Rechtssubjecte anerkannt sind, mithin also Eigenthümer kirchlicher Vermögensstücke sein und werden können. Auch die Berathung des Kirchenvermögensverwaltungsgesetzes v. J. 1875, insbesondere die Aeuſserungen des Regierungscommissars Förster, haben für Preuſsen die Vereinbarkeit der Gemeinde- mit der Institutentheorie anerkannt. Und wer glaubt denn wohl, daſs durch das A. L. R. beispielsweise das staatliche Eigenthum saecularisirter Pfarrkirchen negirt sei?

Was sollen oder wollen dann aber die Landrechtsparagraphen in Wirklichkeit sagen? Die Antwort ist klar: sie sind Präsumtionen und haben insofern sowohl etwas von dem declarativen wie von dem constitutiven Charakter: sie weisen willkürlich das Eigenthum zu, aber nur wenn ein anderes Eigenthum nicht zu begründen ist. Anderntheils gilt aber als Rechtsgrund des Eigen-

thums nicht das Gesetz, sondern das factische Verhältnifs, und insofern ist das Gesetz wiederum declarativ.

Nur als Präsumtionen haben die angeführten Paragraphen des A. L. R. einen vernünftigen Sinn, und deshalb ist diese Auffassung die allein zulässige. Und wenn auch der Wortlaut gegen uns spricht, so ist daran zu erinnern: *„etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult“* und *„scire leges hoc non est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem.“*

Das A. L. R. bestimmt also, dafs als Träger des Localkirchenvermögens im engeren Sinn im Zweifel die örtliche Kirchengesellschaft und nicht z. B. die örtliche Kirchenfabrik anzusehen ist.

Mit dieser Auffassung unterscheiden wir uns von der herrschenden Ansicht. Dafs wir damit aber das Richtige treffen, beweist am besten eine am 6. Aug. 1845 [1] von dem preufsischen Cultusminister Eichhorn auf Allerh. Befehl erlassene Instruction, welche die Vermögensverwaltung der märkischen Kirchen regelt und dabei den Nebenzweck verfolgt, „diejenige rechtliche Auffassung, welche „die Eigenthümlichkeiten des Märkischen Provinzialkirchenrechts in „Beziehung auf die Verwaltung des Kirchenvermögens nach dessen „geschichtlicher Entwicklung bezeichnet, und die daraus sich „ergebenden Folgerungen im Allgemeinen näher zu entwickeln.“ [2] In dieser Hinsicht führt die Instruction richtig aus: „Die Pfarr- „kirchen in der Mark sind bei ihrer ersten Gründung als „besondere, mit eigener rechtlichen Persönlichkeit ver- „sehene Stiftung errichtet worden . . . Der Gemeinde als „solcher standen nach älterem Kirchenrecht keine Berechtigungen bei „Verwaltung des Kirchenvermögens zu . . . Zur Zeit der Reformation „war daher das rechtliche Verhältnifs der märkischen Patronatkirchen „dieses, dafs die einzelnen Kirchen als besondere Stiftungen und „selbständig berechtigte moralische Personen angesehen . . . wurden. „Ein förmliches Eigenthum an der Kirche und deren Vermögen stand „weder dem Patron noch der Gemeinde zu. Die Reformation änderte „an diesen vermögensrechtlichen Verhältnissen nichts . . . Was die „Stellung der Kirchengemeinden anbetrifft, so war durch die Refor-

---

[1] Ministerialblatt für die gesammte innere Verwaltung, 1845, S. 210 ff.

[2] a. a. O. 211.

„mation eine Veränderung in derselben im Allgemeinen nothwendig „bedingt. Dem Laienstande war eine selbständige Theilnahme an „den kirchlichen Angelegenheiten anerkannt worden, und bethätigte „sich solche theils in dessen Mitwirkung an der Zusammensetzung „der landesherrlichen Kirchenbehörden, theils in einer den Gemeinden „gestatteten Theilnahme an den kirchlichen Angelegenheiten . . . „In dem Verhältnifs der einzelnen Kirchen, als besonderer, „mit eignen Vermögensrechten versehener Stiftungen, ist „hierdurch nichts geändert. Das Allg. Landr. stellt in Thl. II. „tit. 11 die allgemeine Ansicht auf, dafs die Kirchengesellschaft die „rechtliche Basis des gesammten Kirchenrechts bilde. Nimmt man „nun an, dafs unter dem Ausdruck „Kirchengesellschaft" auch die „einzelne Kirchengemeinde begriffen werde, dafs hiernach die Kirche „mit ihrem Vermögen corporatives Eigenthum der Kirchengesellschaft „sei, und dafs diese in den Kirchenvorstehern ihre corporativen Ver„treter habe, so hat doch diese Auffassung des Allgem. Landr. ver„möge der subsidiären Natur dieses Gesetzbuchs in der Mark „keinen rechtlichen Boden finden können . . . Die Publication des „Allg. Landr. hat aber unter solchen Verhältnissen in der Mark „nicht die Wirkung haben können, dafs es die eigene vermögens„rechtliche Persönlichkeit der Kirchen, als besondere Vermögens„stiftungen zerstört, ihr Vermögen den Gemeinden als ein Corpo„rationsgut überlassen, die stiftungsmäfsige Mitwirkung der Patrone „bei der Verwaltung des Kirchenvermögens aufgehoben, und dieselben „lediglich in die Stellung eines zur Wahrnehmung seiner Sonder„interessen controllirenden Nebenberechtigten versetzt habe."

Diese durchaus zutreffenden Bemerkungen geben eine ganz richtige Vorstellung von der rechtlichen Entwicklung. Aber ist dieser Bildungsprocefs für die anderen preufsischen Provinzen nicht derselbe? Man braucht für „Brandenburg" nur „Preufsen" oder „Deutschland" einzusetzen, und der Kirchenrechtshistoriker wird die Eichhorn'sche Darstellung unterschreiben.

Sind in Brandenburg die Kirchengebäude gegen den klaren Landrechtssatz nur infolge einer historischen Entwicklung Eigenthum der in den Kirchen existent werdenden unkörperlichen Person, und nicht der Kirchengesellschaft, so mufs dies auch für die übrigen Provinzen behauptet werden, wo dieselbe Entwicklung

stattfand. Dies ist zunächst gegen die citirte Instruction selbst, sodann aber auch insbesondere gegen Schulte[1] und v. Sybel,[2] die sich auf Vogt,[3] und gegen Altmann[4] sowie Hinschius,[5] die sich auf Scholtz[6] berufen, ausdrücklich zu betonen.

Bei der Frage, welche Bedeutung demgegenüber noch den citirten Landrechtssätzen gebührt, können wir uns vor Allem nicht mit der Schulte'schen Bemerkung beruhigen, dafs „diese Theorie (des A. L. R.) praktisch nicht sehr mafsgebend" sei.[7] Auch der Hinweis der Instruction auf die bekannte subsidiäre Natur des A. L. R. hat nicht unsere Billigung, denn mit der Subsidiarität des Landrechts wird ausgedrückt, dafs der Landrechtssatz erst dann Anwendung und Geltung findet, wenn ein ihm entgegenstehender anderer Rechtssatz nicht erwiesen ist. Hier handelt es sich aber nicht um einen entgegenstehenden Rechtssatz, sondern um eine entgegenstehende rechtliche Thatsache. Wer eine Vermuthung, wie z. B. die Todespräsumtion der Verschollenheitserklärung entkräften will, bringt keinen neuen Rechtssatz, sondern eine neue Thatsache vor, und so wird auch das vorgebliche Eigenthum einer Kirchen-

---

[1] Jur. Persönlichkeit, 88[4]: „So sind nach kurmärkischem Provinzialrechte die landesherrlichen oder mit dessen Bewilligung erbauten Patronatkirchen selbständige, mit juristischer Persönlichkeit versehene Stiftungen."

[2] Das altkathol. Bisthum, 30.

[3] Kirchen- und Eherecht der Kath. u. Evang. in K. Preufs. Staaten, I. 209: „Nach märkischem Provinzialrechte können die von dem Landesherrn errichteten oder mit dessen Bewilligung erbauten Patronatkirchen (warum denn diese Einschränkung?) und deren Vermögen nicht als Eigenthum der Kirchengesellschaften angesehen werden. Sie bilden vielmehr selbständige, mit juristischer Persönlichkeit versehene Stiftungen."

[4] Praxis der preufsischen Gerichte, 295: „In der Kurmark Brandenburg dagegen gilt der provinzialrechtliche Satz" etc.

[5] Kirchengesetze der J. 1874 und 1875, S. 125: „In der Mark Brandenburg finden aber die Vorschriften des A. L. R. insoweit keine Anwendung, als nach märkischem Provinzialrecht die ursprünglich von dem Landesherrn errichteten oder mit dessen Genehmigung von Patronen gegründeten Patronatkirchen selbständige mit eigener juristischer Persönlichkeit versehene Stiftungen bilden und diesen das Kirchenvermögen als Eigenthümern gehört." Desgl. im Koch'schen Commentar, 6. Ausg. zu II. 11. § 160.

[6] Provinzialrecht der Kurmark Brandenburg, 2. Ausg., I. 83. II. 278.

[7] Jur. Persönlichkeit, 88.

gesellschaft durch die bewiesene Thatsache eines wirklichen Fabrikeigenthums gebrochen: die Landrechtssätze vom Kirchengesellschaftseigenthum enthalten somit eine Präsumtion.

Am nächsten kommt Jacobson[1] der Wahrheit, wenn er meint, den Grundsatz, „dafs das Subject des Eigenthums jede einzelne Kirchengemeinde sei," habe man nur „als **Regel** festgehalten," ohne damit die Persönlichkeitsnatur besonderer kirchlicher Anstalten und Stiftungen innerhalb der Ortsgemeinde negiren zu wollen. Was hier „Regel" genannt wird, ist in Wahrheit eine juristische Vermuthung.

§ 70.

Die rechtliche Natur der Kirchengesellschaft.

Die herrschende Ansicht, wie sie sich in der Literatur, in der Rechtssprechung und besonders auch im Parlament bei der Berathung des kirchlichen Vermögensverwaltungsgesetzes v. 20. Juni 1875 ausgesprochen hat, hält „Kirchengesellschaft" und „Kirchengemeinde" mit Recht für identische Begriffe.

Man hat die „Kirchengesellschaft" des A. L. R. aber auch schon im Sinne der Gesammtkirche erklärt, und zwar war es insbesondere v. Gerlach, der in der dritten Lesung des erwähnten Gesetzes am 1. Mai 1875 diesen Standpunkt vertheidigte: „Es ist „nicht richtig, was allgemein und leider auch von mehreren meiner „Freunde angenommen wird, dafs das Kirchenvermögen den Localge-„meinden gehöre und nicht der betreffenden Gesammtkirche. Gerade „das Gegentheil steht im Landrecht und zwar im § 160 des be-„treffenden Titels, — dort werden Sie finden, dafs da von den „Kirchengesellschaften, als denen das Kirchenvermögen gehöre, und „im Gegensatz dazu von den einzelnen localen Kirchengemeinden die „Rede ist. Unter Kirchengesellschaften werden nach dem Sprach-„gebrauch des Landrechts die römisch-katholische und evangelische „Kirche verstanden."[2]

---

[1] Evang. K. R., 641. Diese Ansicht ist auch von Hinschius im Koch'schen Commentar, 6. Ausg., IV. 380 recipirt worden.

[2] Stenogr. 1619. Desgleichen stützte er sich auf die V. U. art. 15, wo übrigens von einer privatrechtlichen Persönlichkeitsnatur (Corporation oder

Auch Fr. v. Sybel hat sich neuestens gegen die Identificirung von Kirchengemeinde und Kirchengesellschaft ausgesprochen: „Die „Thatsache nun, dafs gerade die Mitglieder einer kirchlichen Ge„meinde auch die Kirchengesellschaft bilden, hat zu dem Sprach„gebrauch geführt, welcher gewöhnlich die Gemeinden als die Eigen„thümer des Kirchengutes bezeichnet, ein Sprachgebrauch, welcher „gewifs nicht in correcter Weise dem Gesetze entspricht.“ [1] Auch später [2] hebt er nochmals hervor, dafs „als Eigenthümer des Kirchengutes vom Gesetz nicht die Kirchengemeinden, sondern die Kirchengesellschaften . . . erklärt sind.“ Sodann meint Altmann: [3] „Das „Wort Kirchengemeinde hat einen doppelten Sinn: entweder be„zeichnet es die Kirchengesellschaft und Kirche als Corporation, „wobei also nicht das Interesse der einzelnen Mitglieder in Betracht

Stiftung) keine Rede ist. Diese falsche Argumentation wurde schon in der Commission vorgetragen (Commissionsbericht, S. 5). Vgl. ferner v. Sybel (das altkath. Bisthum, 19): „Die Religionsgesellschaften gelten nach Art. 15 als die Eigenthümer der ihren Zwecken dienenden Stiftungen, Anstalten und Fonds, d. h. also ihres Vermögens.“ Auch P. Reichensperger (das verfassungsmäfsige Recht der Kirche, S. 57) irrt: „Darum sprach die V. U. einfach von der römisch-katholischen und von der evang. Kirche und erkannte sie damit und durch den Zusatz »sowie jede andere Religionsgesellschaft« in ihrer Gesammtheit als Corporation an“ (Gesammtkirchentheorie?). Es war auch eine übereilte Bemerkung, als der Cultusminister Falk bei der Berathung des Gesetzentwurfs, betr. die Orden und ordensähnlichen Congregationen, am 7. Mai 1875 im preufsischen Abgeordnetenhaus erklärte, im Art. 15 der V. U. werde „die Totalität der katholischen Kirche“ bezeichnet. Besten Falls könnte hier doch nur die Landeskirche gemeint sein. Vgl. in dieser Hinsicht das Bayrische Edict, II. 24: „Die in dem Königreich bestehenden drei christlichen Glaubensconfessionen sind als öffentliche Kirchengesellschaften . . . . anerkannt.“ Ebenso die V. U., IV. § 9: „Die in dem Königreich bestehenden drei christichen Kirchengesellschaften geniefsen gleiche bürgerliche und politische Rechte.“ Das Gesetz v. 1. Juli 1834 art. 1: „Die Bekenner der unirten sowohl als der nicht unirten griechischen Kirche geniefsen mit den Bekennern der in dem Königreich bereits verfassungsmäfsig bestehenden drei christlichen Kirchengesellschaften gleiche bürgerliche und politische Rechte.“ Hier hat „Kirchengesellschaft“ die Bedeutung von Landeskirche oder Kirche innerhalb des bayrischen Staates. Es läfst sich nicht verkennen, dafs auch im preufsischen A. L. R. mitunter an diese Bedeutung angestreift wird.

[1] Das altkath. Bisthum, 1874, S. 9.

[2] S. 48.

[3] Praxis der preufsischen Gerichte, 277 u. 394 N. 14.

„kommt, oder den Inbegriff der einzelnen Eingepfarrten." Diese Auffassung beruht auf einer durch mehrere Obertribunalserkenntnisse, beispielsweise v. 11. April 1853,[1] 9. October 1854[2] und 9. November 1857[3] geschaffenen Unterscheidung zwischen Kirchengesellschaft oder Kirchengemeinde, als einheitlicher Corporation, und Kirchengemeinde als Summe der Eingepfarrten, deren praktische Spitze darin bestand, dafs der Kirchenvorstand zur Vertretung der Kirchengemeinde nicht immer (d. h. nicht im letzten Fall) für legitimirt galt, so beispielsweise in Processen, in welchen die Kirchengemeinde wegen der von den Eingepfarrten zu leistenden Beiträge zu den Kirchbaukosten belangt, überhaupt immer, wo nur das Interesse der einzelnen Mitglieder berührt wird.[4] Diese bereits von der Redaction des Striethorst'schen Archivs bemängelte Unterscheidung[5] hat aber nach der allgemeinen Fassung des § 1 und 8 des Kirchenvermögensverwaltungsgesetzes v. J. 1875 erst recht keinen Sinn mehr, wie der § 159 des A. L. R., II. 11 überhaupt durch dieses Gesetz beseitigt ist.[6]

Förster bedauert den Mangel „einer bestimmten, durchweg festgehaltenen Terminologie" und meint, ob „Kirchengesellschaft und Kirchengemeinde verschiedene Begriffe seien oder dasselbe bedeuten, kann aus einzelnen Stellen verschieden beantwortet werden." Dann kommt er aber zu dem Resultat: „Das Landrecht bezeichnet also mit Kirchengesellschaft und Gemeinde dieselben Begriffe."[8] Wir stimmen dieser auch von Löwenberg,[9] Laspeyres,[10] Jacobson,[11]

---

[1] Archiv f. Rechtsfälle, Bd. 9, S. 92—95.

[2] Präjudiz.-Sammlung, II. 66 f.

[3] Archiv f. Rechtsfälle, 28, S. 73—79 und Entscheidungen, 37, S. 297—304.

[4] Vgl. darüber insbesondere Altmann, Praxis der preufsischen Gerichte, 377 f. N. 1.

[5] Bd. 9, S. 92 ff.

[6] Vgl. Hinschius in Kochs Comm., 6. Ausg. IV. 378 N. 29.

[7] „Theorie der preufs. Gesetze über das Eigenthum am Kirchenvermögen" in Suckows „Prophet", VIII. 227. Vgl. auch Preufs. Privatr. 1873, IV. 398. Die wichtigsten Stellen (II. 11, § 46 u. 54) bespricht auch Laspeyres, Geschichte u. heutige Verfassung der kath. Kirche Preufsens, I. 481 N. 6.

[8] S. 229. Ebenso Preufs. Privatr., IV. 398.

[9] Beiträge zur Kenntnifs der Motive der Preufs. Gesetzgebung, I. 551 ff.

[10] S. 480, 481 N. 6. — [11] Evang. K. R., 638 und 109.

Meier[1] und Hinschius,[2] überhaupt der herrschenden Ansicht vertretenen Auffassung bei. Das preufs. A. L. R. hat folgende Terminologie:

1. „**Religionspartei**“ ist die Gesammtheit der Staatsangehörigen, welche demselben Religionsbekenntnifs zugethan sind.[3]
2. Die „**Religionsgesellschaft**“ ist vorhanden wenn „mehrere Einwohner des Staates, unter dessen Genehmigung, zu Religionsübungen sich verbinden“ (II. 11 § 10).[4]
3. „**Kirchengesellschaften**“ sind „Religionsgesellschaften, welche sich zur öffentlichen Feier des Gottesdienstes verbunden haben“ (II. 11 § 11).

Daneben kommen noch die Ausdrücke „**Kirche**“ (Local- und Parochialkirche): II. 11 § 159, 195, 196, 197, 203, 204, 205, 213, 219, 223, 226, 597, 625, 762 u. s. w.; desgleichen „**Gemeine**“ resp. „**Kirchengemeine**“: II. 11 § 320, 323, 325 ff., 350, 354, 360, 776 und 59, 729 u. s. w. vor. Es fehlen hier aber die gesetzgeberischen Definitionen und zwar aus dem Grunde, weil Kirche, Kirchengemeine und Kirchengesellschaft nach dem A. L. R. gleichbedeutende Begriffe sind. Die Identität von Kirche und Kirchengesellschaft zunächst wird aufs Klarste von Suarez bezeugt, der bei der Redaction des Landrechts erklärt: „Die Distinction „zwischen Kirche und Kirchengesellschaft verstehe ich nicht. Die „Kirche, abgesondert von der Kirchengesellschaft, scheint mir ein „dunkler Begriff zu sein, von dem sich die Eigenschaften einer „*Persona moralis* nicht prädiciren lassen.“[5] Dafs man aber diese Kirche oder Kirchengesellschaft nicht im Sinne der Gesammtkirche

---

[1] Kirchenrecht 13.

[2] Preufs. Kirchengesetze d. J. 1874/5, S. 124 und Kochs Comm., 6. Ausg., IV. 379 N. 31.

[3] Diese Definition ist durch II. 11 § 5 und 8 zwar nicht besonders formulirt, liegt denselben aber zu Grunde und stammt aus dem Westfäl. Frieden und dem Reichsdeputationshauptschlufs von 1803 (*„religionis consortes, religioni addicti“).*

[4] Man sieht aus dieser Definition, wie unrecht diejenigen haben, welche die Religionsgesellschaft des A. L. R. mit Gesammtkirche identificiren. Vgl. auch Laspeyres, Geschichte u. Verfassung der kath. K. Preufsens, I. 481.

[5] Materialien z. A. L. R., XV. 139. Vgl. auch v. Kamptz, Jahrb. 115, 73 und Jacobson, Evang. K. R. 108 f.

oder auch nur der Landeskirche auffassen darf,[1] geht aus folgender Ausführung des Suarez auf das Bestimmteste hervor: „Es giebt „keine allgemeine Kirchengesellschaft im Staate, sondern nur ein„zelne besondere Gesellschaften, die durch kein äufseres Band unter„einander verknüpft sind. Dieser Satz, auf den Hr. v. Tenevar so „sehr besteht, hat wohl seine unzweifelhafte Richtigkeit (?), die ich „hier nicht zu beweisen brauche (!) Selbst die *unitatem ecclesiae,* „die von den *Catholiquen* salvirt wird, kann man höchstens nur in „Ansehung des Lehrbegriffs oder im theologischen, aber nicht im „politischen und rechtlichen Verstande gelten lassen."[2] Auch bei einer anderen Gelegenheit erklärte Suarez noch einmal: „Um die Beibehaltung des § 18 mufs ich angelegentlich bitten. Es ist durchaus nothwendig, den falschen und gefährlichen Begriff von einer vermeintlichen *unitate ecclesiae* zu entfernen."[3] Dafs aber Kirchengesellschaft und Kirchengemeinde identische Begriffe sind, zeigt deutlich der Ausspruch von Suarez: „dafs nur so viel einzelne Kirchengesellschaften als Kirchengemeinden im Staate sind."[4] Dieser Standpunkt ist aber auch im Landrecht selbst bestimmt genug vertreten.

Dasselbe definirt die „Gemeinen" als „solche vom Staate genehmigte Gesellschaften, die sich zu einem fortdauernden gemeinnützigen Zwecke verbunden haben" (II. 6 § 25). Der corporative Verband steht somit unter der Gesellschaftsrubrik: „Unter Gesellschaften überhaupt werden hier Verbindungen mehrerer Mitglieder des Staates zu einem gemeinschaftlichen Endzwecke verstanden" (II. 6 § 1). So ist auch die Kirchen g e m e i n d e eine Kirchen g e s e l l s c h a f t, denn jede Gemeinde wird nach dem A. L. R. juristisch nur als Gesellschaft begriffen, und der für die G e m e i n d e nöthige „fortdauernde gemeinnützige Zweck" findet bei den Kirchengesellschaften in der Verbindung „zur öffentlichen Feier des Gottesdienstes" seine Verwirklichung. Deshalb gebraucht das A. L. R.[5]

---

[1] Vgl. insbesondere Laspeyres, a. a. O. 481 f. N. 6.

[2] a. a. O. XV. 121.

[3] a. a. O. 123 N. 9. Ebenso 121 „aus dem Grunde, dafs es keine allgemeinen, sondern nur einzelne für sich bestehende Kirchengesellschaften giebt."

[4] a. a. O. 121 f.

[5] Die späteren preufsischen Gesetze sprechen überhaupt nur noch von

diese Ausdrücke auch unterschiedslos, was folgende dem 11. Titel des 2. Buches entnommene Beispiele beweisen mögen:

Im § 75 wird den Geistlichen, „denen die Seelsorge bei einer Kirchengesellschaft anvertraut ist,“ zur Pflicht gemacht, „an der Belehrung und moralischen Besserung ihrer (d. h. der Kirchengesellschaft) Mitglieder unermüdet zu arbeiten.“ Und in dieser Hinsicht giebt der § 77 Detailinstructionen „wenn sie einem Mitglied der Gemeine seine Vergehungen ins Geheim vorhalten.“ Ebenso spricht auch der § 86 und 91 nur von einem „Mitglied der Gemeine,“ alles unter dem Abschnitt 2 „Von den Mitgliedern der Kirchengesellschaften“. Interessant sind auch die §§ 110 und 111:

> „So lange sie Mitglieder der Gesellschaft (d. h. der „Kirchengesellschaft) bleiben, müssen sie zur Unterhaltung „der Kirchenanstalten nach der Verfassung der Gesellschaft „beitragen.“
>
> „Nur der Staat kann bestimmen, zu welcher der verschiedenen Kirchengemeinen seiner eigenen Religionspartei jeder Einwohner als ein beitragendes Mitglied „gerechnet werden soll.“

So erklärt sich insbesondere auch der von v. Gerlach mifsverstandene und zu Gunsten der Gesammtkirchentheorie ausgebeutete § 160.[1] Diese Auffassung ist vielmehr durch die §§ 36 und 111

„Kirchengemeinden“. Vgl. z. B. die Generalconcession v. 25. Juli 1845. Hiernach wurde den dissentirenden Lutheranern gestattet, „zu besondern Kirchengemeinden zusammenzutreten.“ „Eine solche Gemeinde hat die Rechte einer moralischen Person.“ Insbesondere kennt das Kirchenvermögensverwaltungsgesetz v. 20. Juni 1875 nur „Kirchengemeinden“.

[1] „Zu dem Vermögen der Kirchengesellschaften gehören die Gebäude, liegende Gründe, Kapitalien und alle Einkünfte, welche zur anständigen Unterhaltung des äufsern Gottesdienstes für jede Kirchengemeine nach deren Verfassung bestimmt sind.“ Die Identität von Kirchengesellschaft und Kirchengemeinde geht auch hervor aus II. 11 § 58 in Verbindung mit 59; 108 mit 111; 160 mit 170, 175; 75 mit 68, 73, 77; 157 mit 159; 189 mit 192. „Nicht eine einzige Stelle dagegen ist nachzuweisen, wo dieser technisch-typische Ausdruck ganz entschieden und unzweifelhaft in dem Sinne von Kirche überhaupt und so gebraucht wird, dafs jede Beziehung auf die Gemeindeverfassung nothwendig auszuschliefsen wäre.“ Laspeyres, 481.

auf das Bestimmteste ausgeschlossen. Auch Fr. v. Sybel,[1] welcher die juristische Verschiedenheit des kirchengesellschaftlichen und kirchengemeindlichen Begriffes erweisen möchte, beruft sich mit Unrecht auf den § 160. Sein Fehler liegt darin, dafs er den Begriff der Gemeinde und denjenigen der Parochie identificirt. Der „Unterschied zwischen der Parochie und der Kirchengesellschaft liegt (nun) klar auf der Hand,“[2] und so wird ein unrichtiges Resultat die logische Folge. Ebenso irrt er, wenn er meint: „Es „kann also eine Kirchengesellschaft recht gut bestehen ohne „eine Kirche, gebildet von den Anhängern einer nur geduldeten „Religion, während eine kirchliche Gemeinde unter solchen Um- „ständen nicht bestehen könnte.“[3] Die zum Kirchengesellschaftsbegriff nothwendige Verbindung „zur öffentlichen Feier des Gottesdienstes“ wird nur durch das Vorhandensein eines Kirchengebäudes verwirklicht. Anderntheils geben wir zu, dafs die Formulirungen des Kirchengesellschaftsbegriffs bezüglich der Oeffentlichkeit der Cultübung leicht zu Irrungen veranlassen können. Nach § 22 ist der „geduldeten Kirchengesellschaft“ nur „die freie Ausübung ihres Privatgottesdienstes verstattet.“ So verträgt sich also schon die Einrichtung des Privatgottesdienstes mit dem Begriff der Kirchengesellschaft, und scheint dies im Widerspruch mit dem § 11 zu stehen, welcher „öffentliche Feier des Gottesdienstes“ voraussetzt. Dem ist jedoch nicht so. Der § 23 zählt zur Ausübung des Privatgottesdienstes „die Anstellung gottesdienstlicher Zusammenkünfte in gewissen dazu bestimmten Gebäuden,“ und der § 25 verbietet nur, „sich der Glocken zu bedienen, oder öffentliche Feierlichkeiten aufserhalb der Mauern ihres Versammlungshauses anzustellen.“ So verwirklicht sich also schon der Begriff der „öffentlichen Feier des Gottesdienstes“ (§ 11) durch die öffentlichen Feierlichkeiten innerhalb der Mauern des Versammlungshauses, wozu keinem Confessionsgenossen der Zutritt gewehrt, zu deren Besuch aber auch nicht durch Glocken eingeladen werden darf.

Das bis jetzt gewonnene Resultat ist somit folgendes: Der präsumtive Eigenthümer der Kirchen und des localen Kirchengutes ist die Kirchengesellschaft, und diese ist identisch mit der örtlichen Kirchengemeinde.

---

[1] Das altkatholische Bisthum. 10. — [2] S. 9. — [3] S. 10.

§ 71.

Werthschätzung der Präsumtion des A. L. R.

Jacobson[1] hat bereits darauf aufmerksam gemacht, dafs das A. L. R. mit sich selbst im Widerspruch steht, wenn es im § 36 die organische Verbindung der einzelnen Kirchengemeinden verneint und im dritten Abschnitt (§ 113—159: „Von den Obern und Vorgesetzten der Kirchengesellschaften") nicht den Kirchencollegien der einzelnen Gemeinden eine Machtsphäre eröffnet, sondern die kirchenrechtliche Jurisdiction der Bischöfe sanctionirt. Doch wollen wir hierauf kein besonderes Gewicht legen, da dieser Zwiespalt nicht das privatrechtliche Gebiet berührt, hier vielmehr sowohl nach dem A. L. R. als nach dem Gesetz v. 20. Juni 1875 dem Kirchenvorstand die originäre und alleinige Vertretung gebührt. Aber ganz gewifs mufs es als ein Mangel bezeichnet werden — auch Förster nennt es „Willkür und Oberflächlichkeit"[2] — wenn das Landrecht die kirchlichen Verbände wie überhaupt die Corporationen nur als Gesellschaften, also unter dem Gesichtspunkt des Vertrags, begreift und jene nach deren Grundsätzen bemifst.[3] Es ist ferner sicherlich nicht gerechtfertigt, wenn die ganze Lehre von den „moralischen Personen" ein ausschliefslich corporatives Gepräge hat, und man sieht hier nur zu deutlich, dafs die Redactoren über den Standpunkt der Glossatoren noch nicht hinausgekommen sind.[4]

---

[1] Evang. K. R. 109 f.

[2] Theorie der preufs. Gesetze in Suckows „Prophet", VIII. 228.

[3] Vgl. z. B. § 172: „Wenn aber die Kirchengesellschaft ganz aufhört, so gilt von diesen Gebäuden alles das, was von dem Vermögen erloschener Gesellschaften überhaupt im Sechsten Titel § 189 sqq. verordnet ist." Das klassisch-römische Recht und die Justinianeische Gesetzgebung haben zwar ebenfalls noch nicht die Verschiedenheit von Person und Gesellschaft durch eine feste Terminologie zu bezeichnen vermocht, vielmehr wird auch die erstere gern noch *societas* genannt. Vgl. z. B. l. 1. pr. § 1 D. 3, 4; l. 3 § 4 D. 37, 1; l. 31 § 1 D. 47, 2. Diese Unsicherheit besteht aber in keiner Weise rücksichtlich der praktischen Consequenzen.

[4] Die Kircheneigenthumstheorie des A. L. R. basirt nicht blofs auf einer durchaus mangelhaften Kenntnifs über die Structur kirchlicher Einrichtungen, sondern insbesondere auf einer höchst bedauerlichen Befangenheit über das Wesen der unkörperlichen Personen. Förster sagt (Preufs. Privatr., 1873, IV.

Und wenn gar die kirchenrechtliche Wissenschaft eines Suarez in den Worten ausläuft: „Die Distinction zwischen Kirche und Kirchen-„gesellschaft verstehe ich nicht. Die Kirche, abgesondert von der „Kirchengesellschaft scheint mir ein dunkler Begriff zu sein, von „dem sich die Eigenschaften einer *Persona moralis* nicht prädiciren „lassen" — so ist das entschieden zu bedauern, und es kann nicht genug betont werden, dafs der Anstalts- und Stiftungsbegriff zunächst für das canonistische Gebiet entwickelt, für dieses auch unentbehrlich ist.

Die Gemeindetheorie hat erst durch den Protestantismus ihren Abschlufs gefunden, und wenn sie durch denselben auch nicht logisch gefordert ist, so wurde sie doch durch denselben gefördert und herrschend. Für die protestantischen Kirchen und Kirchengüter hat die Präsumtion des A. L. R. daher eher einen Sinn. Bezüglich der katholischen Kirchen und Kirchengüter dagegen, deren Bestandsdatum zum gröfsten Theil weit hinter die Reformation zurückgeht, fehlt die innere Berechtigung vollständig. Wenn die Möglichkeit des Gemeindeeigenthums durch den Katholizismus auch nicht ausgeschlossen wird, so fehlt hier doch jegliche Förderung und damit meistens die Wirklichkeit. Die Geschichte des katholischen Kircheneigenthums erweist das Anstaltsgut als herrschende Form des Kirchenvermögens.[1]

Dem A. L. R. kann man gewifs keine saecularisirenden Absichten unterschieben, aber eine den wirklichen Verhältnissen nicht entsprechende Präsumtion führt, zumal wenn der Gegen-

---

370): „Was das A. L. R. über den Begriff und die Construction der juristischen Personen bietet, ist sehr wenig und ungenügend." Hierin ist auch der Grund für die Klage Dernburgs (Preufs. Privatr., I. 83 N. 1) zu suchen: „Eine monographische Bearbeitung der Lehre von den juristischen Personen nach preufsischem Rechte fehlt. Auch haben sie einige der vorzüglichsten Handbücher des preufsischen Rechtes nicht in den Kreis der Darstellung gezogen."

[1] Schon Koch sagte in seinem Lehrb. des preufs. Privatr., 1845, S. 184 bezüglich der Kirchen: „Das A. L. R. geht auch bei ihnen von dem Begriff einer Gesellschaft und Corporation aus, welche sich zur Feier des Gottesdienstes verbunden haben . . . Die Wirklichkeit ist jedoch anders . . . Die Persönlichkeit wird von der Anstalt, d. i. der Kirche mit allem, was dazu gehört, getragen und von den geordneten Collegien oder Vorstehern vorgestellt."

beweis durch die Schwierigkeit der Sachlage schlecht gelingen will, factisch zu demselben Resultat. Eine Präsumtion mufs durch die wirklichen Verhältnisse gefordert und begründet sein: Dafs aber das A. L. R. vereinzelte Fälle als Regel begreift und für sie die Vermuthung sprechen läfst, die Mehrheitserscheinungen aber als Ausnahme betrachtet und hier eine strenge Beweislast statuirt, ist ein legislatorischer Fehler, der von der neuen Civilgesetzgebung vermieden werden mufs. Zum Schlufs halten wir es aber für nöthig, nochmals zu betonen: Mag die Eigenthumspräsumtion des A. L. R. durch gesetzgeberische Weisheit oder Irrthum veranlafst sein — sie besteht und hat gesetzliche Bedeutung.

§ 72.

Die Eigenthumssubjectivität der Localkirchenfabrik.

Die Kirchengemeinde ist der vermuthliche Eigenthümer des gesammten Localkirchenvermögens. Aus dem blofsen Praesumtivcharakter folgt, dafs auch andere örtliche Rechtsträger Eigenthümer kirchlicher Vermögensstücke sein können. Hierzu gehören vor Allem die Kirchenfabriken.

Der Ausdruck „Kirchenfabrik“ ist zwar in der landrechtlichen Terminologie nicht bekannt, um so öfter kommt dagegen die Bezeichnung „Kirche“ vor. Oben wurde dargethan, dafs sich unter dieser Benennung gemeinhin der Corporationsbegriff verdeckt. Im Folgenden ist nun gegen die herrschende Ansicht zu zeigen, dafs auch die Rechtsträgerschaft der Kirche als Anstalts- oder Stiftungsganzes, also im Sinn der Kirchenfabrik, dem A. L. R. keineswegs fremd ist.

Th. 1. tit. 12 § 239 spricht von „Testamenten, worin einer Kirche oder **andern** milden Stiftung eine Erbschaft oder ein Vermächtnifs angewiesen wird.“ [1] Desgleichen bestimmt Th. II. tit. 11 § 197:

---

[1] Das ist ein Gegenstück zum A. L. R. II. 11 § 165: „Kirchen, welche gleich andern Gesellschaften im Staate den Schutz desselben bei ihrem Vermögen geniefsen“ etc. Es giebt somit nach A. L. R. Kirchen als Gesellschaften (Kirchengemeinden) und Kirchen als Stiftungen oder Anstalten (Kirchen-

„Auch inländische Kirchen dürfen, ohne besondere Ein-
„willigung des Staats, Geschenke und Vermächtnisse, welche
„die Summe von 500 Thalern übersteigen, nicht an-
„nehmen.

„Anh. § 125: Wenn einer Kirche oder andern
„frommen Anstalt[1] ein Geschenk oder Vermächtnifs
„zugewendet wird: so sind die Vorsteher in allen Fällen
„schuldig, der geistlichen vorgesetzten Behörde Anzeige
„davon zu machen. Beträgt das Quantum nur fünfhundert
„Thaler oder weniger: so mufs die Bestätigung darüber
„sofort ohne weitere Rückfrage ausgefertigt werden."

Aus diesen Gesetzesstellen geht Folgendes hervor:

1. Die Localkirche ist eine unkörperliche Person resp. besitzt Erwerbsfähigkeit. Denn Th. I. tit. 12 § 36 beschränkt die passive Testamentsfähigkeit auf denjenigen „wer im Staate Vermögen zu erwerben fähig und berechtigt ist," diese Fähigkeit wird also bei den Localkirchen vorausgesetzt.
2. Diese „Kirchen" werden als Anstalts- oder Stiftungsganze begriffen, sie sind somit keine Corporationen, nicht Kirchengesellschaften oder Kirchengemeinden, sondern Kirchenfabriken.

---

fabriken). v. Sybel (Das altkath. Bisthum, 7) meint: „Das Landrecht begnügt sich damit, die einzelnen kirchlichen Gestaltungen ganz objectiv (!) als das aufzufassen, als was sie sich äufserlich darstellen, wie mir scheint, mit Recht. Die besonderen Qualificationen, welche die einzelnen kirchlichen Einrichtungen durch die Glaubenslehre erhalten haben, sind für das bürgerliche Recht nicht fafsbar; sie beruhen auf religiösen Vorstellungen, welche sich der Wirksamkeit des positiven Gesetzes vollständig entziehen. Dies kann sich nur an die Momente halten, welche in die äufsere Erscheinung treten. In die äufsere Erscheinung tritt aber blofs (!) die Vereinigung mehrerer Menschen zu gemeinsamer Religionsübung." Das ist alles irrig: der kirchliche Anstaltsbegriff hat weder etwas mit der Glaubenslehre zu thun, noch entzieht sich derselbe Mangels äufserer Erscheinung der Wirksamkeit des positiven Gesetzes. Nach der Sybel'schen Argumentation wären Anstalten und Stiftungen überhaupt nur widerrechtliche Anomalien.

[1] Das Hofrescript v. 17. Juli 1806 (Hermens, II. 686) gebraucht bei der Wiedergabe dieser Bestimmung folgende Wendung: „Wenn einer „Kirche oder andern religiösen und Armenanstalt oder sonstigen milden Stiftung . . ."

So haben wir also neben der Kirchengemeinde noch einen besonderen kirchlichen Privatrechtsträger in der Kirche oder Kirchenfabrik. Mag dieser Gedanke den Redactoren immerhin fremd gewesen sein, er ist richtig, und wenn auch ohne Bewufstsein derselben, vermuthlich nur in Anlehnung an ältere Formulirungen,[1] in das Gesetzbuch hineingekommen, besitzt er doch die gesetzliche Sanction. Und so sprechen denn auch die Motive zum Vermögensverwaltungsgesetz v. J. 1875 (S. 38) von „Kapellen, welche eine vermögensrechtliche Selbständigkeit haben;" das kann doch nur heifsen: welche mit Persönlichkeit bekleidete Anstalten sind. Im Uebrigen ist zu betonen, dafs das A. L. R., wenn es eine Anstaltskirche auch kennt, Zuwendungen an dieselbe nicht in gemeinrechtlicher Art begünstigt. Vor Allem giebt es im Gebiet des preufsischen A. L. R. für den Fall einer testamentarischen Zuwendung an „die Kirche" keine gesetzliche Interpretation. Die von Justinian sogenannte *ἀδηλία* ist hier noch vorhanden, und der richterlichen Interpretation wie der richterlichen Willkür der weiteste Spielraum gelassen. Schulte[2] unterschätzt unseres Erachtens die hierbei entstehenden Schwierigkeiten: Die eingesetzte Kirche kann doch sowohl die Diöcesan- als die Localkirche sein, er leugnet also mit Unrecht, dafs der Erbe „ungenau" bezeichnet ist. Und was die „Ausführung des Testaments" und Repräsentation der Kirche anlangt, so entsteht doch gerade wieder der Zweifel, ob dazu der Ortspfarrer legitimirt erscheint oder nicht. Wir sind zwar ebenfalls für Aufrechterhaltung eines solchen Testamentes, werden uns aber nicht wundern, wenn die nächste richterliche Entscheidung vielleicht ein entgegengesetztes Resultat bringt. Wir würden unser Urtheil folgendermafsen begründen: Die „Kirche" ist nach preufsischem A. L. R. juristische Person; gemeint ist im Testament zweifellos die Kirche des Testators. Es ist nun zu eruiren, ob der Testator — da weder die Gesammt-

---

[1] So bestimmte nach Jacobson, evang. K. R. 636, ein Edict vom 21. Juni 1753, dafs keinem „Stift, Kirche oder anderen *pium corpus*" mit Ausnahme der Armen- und Waisenhäuser ein Geschenk von mehr als 500 Thlrn. gemacht werden dürfe.

[2] Jur. Persönlichkeit 152 N. 10.

noch Landeskirche Persönlichkeit besitzt — seine Diöcesankirche (Bisthum) oder seine Ortskirche (ob Kirchenfabrik oder Kirchengemeinde, kann hier wegen der Einheitlichkeit der Vertretung und Verwaltung dahingestellt bleiben) in Wirklichkeit bedacht hat: denn beide sind „Kirchen“ und haben *testamenti factio passiva*. Dies ist nun eine reine Interpretationsfrage und im Allgemeinen zu Gunsten der Localkirche zu entscheiden. Denn was zunächst die muthmafsliche Intention des Testators anlangt, so spricht unbedingt für die Localkirche die Ueberlegung, dafs die privatrechtliche Diöcesankirche in der deutschen Sprachweise gewöhnlich als Bisthum, seltener als Kirche mit Hinzufügung der bischöflichen Residenz (z. B. Kirche von Limburg), nie aber als Kirche kurzhin bezeichnet wird. Was ferner die Gesetzgebung anlangt, so steht das A. L. R. durchaus auf dem Specialisirungs- und Localisirungsstandpunkt. Es ist daher zu vermuthen, dafs, falls dasselbe überhaupt eine Interpretation gegeben hätte, dieselbe im Sinne des römischen Rechts ausgefallen wäre. Die Sache bleibt aber immerhin precär, und es ist zu wünschen, dafs die neue Civilgesetzgebung die Interpretation des römischen Rechts herübernimmt und damit alle Willkür und Rechtsunsicherheit beseitigt. Vom Standpunkt des A. L. R. aus müfste dieselbe dann zu Gunsten der örtlichen Kirchengemeinde, im Hinblick auf die factischen Verhältnisse aber für die örtliche Kirchenfabrik ausfallen.

Die vermögensrechtliche Vertretung der Localkirche macht keine Schwierigkeit: sie ist dieselbe wie diejenige der Kirchengemeinde. Denn das Kirchenvermögensverwaltungsgesetz v. 20. Juni 1875 bestimmt:

> „Der Kirchenvorstand verwaltet das kirchliche Vermögen „(d. h. in der Pfarrgemeinde § 1). Er vertritt die seiner „Verwaltung unterstehenden Vermögensmassen und die Ge„meinde in vermögensrechtlicher Beziehung.“

Der Kirchenvorstand ist gleichzeitig Vertreter der Kirchengemeinde, der Kirchenfabrik, der Beneficien (mit Einschränkung des § 8 Abs. 3) und der Stiftungen (§ 3 N. 4 u. 1).

§ 73.

Die Eigenthumssubjectivität der Beneficien.

Der 11. Titel des 2. Theils handelt in seinem 10. Abschnitt „von Pfarrgütern und Einkünften." Der erste Paragraph (§ 772) bestimmt:

> „Von dem Kirchenvermögen müssen die unmittelbar zur „Unterhaltung des Pfarrers und der übrigen Kirchen„bedienten bestimmten Güter und Einkünfte unterschieden „werden." [1]

Diese Formulirung ist keineswegs bestimmt und klar: Liegt der Unterschied im Rechtsträger, in der Verwaltung, oder gar nur in der Zweckbestimmung? Die Literatur hat sich bis jetzt darüber ausgeschwiegen: weder Gitzler noch Jacobson sind in ihren Darstellungen des preufsischen Kirchenrechts dieser Frage näher getreten, noch haben Förster-Eccius und Dernburg in ihren Lehrbüchern des preufsischen Privatrechts hierfür ein Interesse gezeigt; auch Koch, der doch in der Aufzählung der „juristischen Personen" möglichste Vollständigkeit erstrebt, erwähnt unsere Frage mit keinem Wort. Dasselbe ist zu sagen bezüglich der Commentare.

Unsere Ansicht ist die, dafs der § 772 eine Verschiedenheit in der Rechtsträgerschaft statuirt und das Rechtssubject der Pfarrgüter in die „Pfarre" oder das Pfarrbeneficium verlegt.

Zunächst geht aus § 160 hervor, dafs man sich die Pfarrgüter nicht als Eigenthum der Kirchengemeinde dachte. Denn zu dem „Vermögen der Kirchengesellschaften" gehören nur „die Gebäude, „liegende Gründe, Kapitalien und alle Einkünfte, welche zur an„ständigen Unterhaltung des äufsern Gottesdienstes für „jede Kirchengemeine nach deren Verfassung bestimmt „sind," also nur die Fabrikgüter.[2] Was nun die positive Beant-

---

[1] Vgl. auch A. L. R. II. 11 § 208: „Wenn ein Geschenk oder Vermächtnifs zur Aufbesserung des Auskommens der bei einer Kirche angestellten, und noch nicht hinlänglich versorgten Prediger oder anderer Beamten gewidmet ist: so soll darüber auch auf einen höhern Betrag, bis zur wirklichen Nothdurft, die Einwilligung des Staates in der Regel nicht versagt werden."

[2] Dies insbesondere gegen Fr. v. Sybel, das altkath. Bisthum, 28., welcher die selbständige Existenzform des „Pfarrguts" verneint, weil „das Eigenthum an

wortung der Pfarreigenthumsfrage anlangt, so legt schon der Name »Pfarrgüter« (Abschnitt 10), »Pfarrvermögen« (§ 808), »Pfarrkasse« (812) die Annahme nahe, daſs die »Pfarre«, d. h. das Pfarrbeneficium selbst Eigenthumssubject der Pfarrgüter sei, und der § 1 des Gesetzes vom 15. April 1857 führt demgemäſs als selbständige kirchliche Institute, welchen Reallasten zustehen können, auf: „Kirchen, Pfarren und Küstereien." Die Richtigkeit unserer Ansicht geht sodann zur Evidenz aus dem § 781 hervor:

> „Wenn Streit entsteht, was an Grundstücken, Gebäuden,
> „Inventarien, Kapitalien oder jährlichen Hebungen, zur
> „Kirche oder Pfarre gehöre: so muſs bei dessen Ent-
> „scheidung auf die vorhandenen Kirchenmatrikeln vorzüg-
> „lich Rücksicht genommen werden."

Wie hier »Kirche« und »Pfarre«, so stehen sich im § 812 »Pfarr-« und »Kirchenkasse« gegenüber. Die Möglichkeit eines Eigenthumsstreites zwischen der Kirche und der Pfarre hat aber die selbständige Eigenthumssubjectivität dieser beiden zur nothwendigen Voraussetzung. Das königliche Revisionscollegium für Landescultursachen hat sich daher unter dem 3. December 1858 und 14. October 1859 dahin ausgesprochen, daſs die Pfarre selbstständige Trägerin von Rechten, insbesondere „Eigenthümerin des Zehnten" sei. [1]

Das Pfründevermögen steht zwar heute unter der Verwaltung des Kirchenvorstandes, aber die Rechte „der jeweiligen Inhaber" „werden hierdurch nicht berührt" (§ 8 des Gesetzes v. 20. Juni 1875).

Die Selbständigkeit der Pfarrgüter ist auch deutlich ausgesprochen durch das Accrescenzrecht während der Vacanz. Das A. L. R. II. 11 § 852 bestimmt nämlich:

> „Was an den Einkünften der Pfarren während der Vacanz
> „nach Abzug der Vertretungskosten übrig bleibt, wächst,
> „wo kein Gnadenjahr stattfindet, dem Pfarrvermögen zu."

Ueber das Kirchenvermögen im engeren Sinn im Gegensatz zum Pfarrvermögen hat das königliche Oberverwaltungsgericht am

---

allen kirchlichen Vermögenstheilen den Kirchengesellschaften ausdrücklich zuerkannt ist."

[1] Altmann, Praxis der preuſsischen Gerichte, 3 u. 5.

16. December 1882 eine interessante, wenn auch in ihrer Begründung nicht überall ganz unbedenkliche Entscheidung getroffen.[1]

Die Gräfin D. hatte in ihrem Testament bestimmt: „Ich berufe zu Erben meines Nachlasses die hiesige reformirte Kirche; sie erbt zur Wohnung für ihren Prediger mein Haus, Alter Markt Nr. 1." Da der zeitige Prediger es ablehnte, in dem Hause Wohnung zu nehmen, wurde dasselbe mit Zustimmung der zuständigen Behörden verkauft. Den Erlös aus dem Verkauf nahm das Consistorium im Einverständnifs mit dem Pfarrer als »Pfarrvermögen« in Anspruch, während der Gemeindekirchenrath denselben für »Kirchenvermögen« im engeren Sinn erachtete. Das Oberverwaltungsgericht entschied zu Gunsten der Pfarre, ohne freilich damit eine bestimmte Erklärung über die rechtliche Natur derselben zu verbinden.

Der Rechtssubjectivität des bischöflichen Beneficiums geschieht im Landrecht keine besondere Erwähnung; sie ergiebt sich jedoch, wie wir sahen,[2] mit Sicherheit aus der Bulle *„De salute animarum."*

Die Privatrechtsfähigkeit der Beneficien beschränkt sich aber nicht auf die Pfarre und die bischöfliche Mensa, vielmehr spricht das A. L. R. II. 11 § 1048, 1049 von »Pfründen« überhaupt; § 1142 erwähnt dann noch einmal speciell die »Praebenden« der *„canonici"*, wie oben auch schon die »Küstereien« angeführt wurden.

§ 74.

Die Eigenthumssubjectivität der kirchlichen Stiftungen.

Das A. L. R., welches ganz wie später der *code Napoléon* die unkörperlichen Personen schlechthin als Corporationen resp. Gesellschaften begreift, hat den Stiftungen eine sehr stiefmütterliche Behandlung angedeihen lassen. Dies übt denn auch seinen Rückschlag in den Lehrbüchern des preufsischen Privatrechts; hiernach sollte man fast glauben, das A. L. R. kenne nur Familien- und solche Stiftungen, welche Eigenthum anderer Personen sind;[3] auch Förster, welcher doch viele Vorurtheile über das Wesen der Stiftung be-

---

[1] „Entscheidungen des Königl. Oberverwaltungsgerichts" 1883 (Bd. IX.), S. 107 ff.

[2] § 39.

[3] Vgl. Eccius, IV. 755 und Dernburg, 4. Aufl. I. 110 f.

seitigt und mit einem durchaus selbständigen Urtheil über dieselben gehandelt hat, erwähnt die kirchlichen Stiftungen mit keinem Worte, und Fr. v. Sybel bezeichnet es als Irrthum, wenn man sage, „das Landrecht erkenne viele kirchliche Anstalten als juristische Personen und als Eigenthümer ihres Vermögens an.“ [1]

In II. tit. 6 § 73 ff. 195 erscheinen die Stiftungen als Vermögen von Corporationen, welche in der Verwendung beschränkt sind. Aber schon der § 193, welcher es dem Staate zur Pflicht macht, dafür zu sorgen, dafs nach Aufhebung solcher Corporationen „die Absicht des Stifters, nach der von selbigem vorgeschriebenen Bestimmung, fernerhin, soviel als möglich, erreicht werde,“ läfst die Errichtung von selbständigen Stiftungen als thunlich erscheinen. Thl. II. tit. 19 handelt sodann „von Armenanstalten und andern milden Stiftungen,“ bezüglich deren die § 42 u. 43 bestimmen:

> „Die vom Staate ausdrücklich oder stillschweigend geneh-
> „migten Armen- und andere Versorgungsanstalten haben
> „die Rechte moralischer Personen. Ihr Vermögen hat
> „die Rechte der Kirchengüter.“ [2]

Dafs zu diesen hier bald als Anstalten, bald als Stiftungen bezeichneten unkörperlichen Personen auch die kirchlichen Stiftungen gehören, bedarf keines Beweises: Zu den milden Stiftungen gehören die kirchlichen sogar in erster Linie; war in früherer Zeit doch jede milde Stiftung eine kirchliche. Dadurch aber, dafs nunmehr auch weltliche Stiftungen diese ehrende Benennung erwerben, haben die kirchlichen dieselbe gewifs nicht verloren. Uebrigens ist durch die Nebeneinanderstellungen in den S. 307 f. angeführten Bestimmungen: „Kirche oder andere milde Stiftung,“ „Kirche oder andere fromme Anstalt,“ „Kirche oder andere religiöse und Armenanstalt oder sonstige milde Stiftung,“ diese Frage ausdrücklich entschieden.

So ist also bereits im A. L. R. die Rechtssubjectivität der kirchlichen Stiftungen anerkannt, und die Verfassungsurkunde

---

[1] Das altkath. Bisthum, 32.

[2] Solche Anstalten haben sogar „ein gesetzliches Erbrecht“ in den freien Nachlafs derjenigen Menschen, welche „zur unentgeltlichen Verpflegung aufgenommen worden und in dieser Verpflegung gestorben sind.“ (II. tit. 19 § 50 ff.; ferner tit. 16 § 22.)

garantirte der Kirche in üblicher Weise den „Besitz und Genufs der für ihre Cultus-, Unterrichts- und Wohlthätigkeitszwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und Fonds."

Das Vermögensverwaltungsgesetz v. 20. Juni 1875 zählt sodann als Bestandtheile des „kirchlichen Vermögens" auf: „Die zu kirch-„lichen, wohlthätigen oder Schulzwecken innerhalb des Gemeinde-„bezirks und unter die Verwaltung kirchlicher Organe gestellten „Stiftungen" (§ 3).

Was die Art der zur Begründung der Stiftungspersönlichkeit erforderlichen Anerkennung betrifft, so bestimmt das A. L. R. in dem citirten II. tit. 19 § 42, dafs dazu auch eine stillschweigende Genehmigung oder blofse Duldung genügt. Förster[1] und Dernburg[2] beschränken diese Bestimmung jedoch auf die „Armen- und anderen Versorgungsanstalten," wie es uns scheint, mit Unrecht: schon der Titel „von Armenanstalten und andern milden Stiftungen" zeigt, dafs der Gesetzgeber nicht daran denkt, einen Unterschied zwischen frommen Anstalten und Stiftungen zu machen. Dafs in dem § 42 eine stricte Interpretation nicht am Platze ist, ist auch insofern bereits anerkannt, dafs man denselben nicht blofs auf Stiftungen, sondern auch auf Vereine bezieht.[3]

Es lohnt sich jedoch nicht, hierauf des Näheren einzugehen. Denn das Gesetz über Schenkungen und letztwillige Zuwendungen an Anstalten und Gesellschaften vom 13. Mai 1833[4] macht die „landesherrliche Genehmigung ohne Unterschied des Betrages der Zuwendung erforderlich, wenn dadurch eine neue öffentliche Anstalt gestiftet werden soll." Die zur Errichtung einer Stiftung nöthige Anerkennung vollzieht sich demnach jetzt in der „landesherrlichen Genehmigung;" nur Mefsstiftungen machen hierbei eine Ausnahme. In dieser Hinsicht bestimmt nämlich die Cabinetsordre v. 22. Mai 1836:[5] „Zur Vereinfachung des Geschäftsganges „bestimme Ich hierdurch, dafs in allen Fällen, in denen Schenkungen „und letztwillige Zuwendungen zu Messen nach dem Gesetz vom

[1] IV. 401.

[2] I. 1. Aufl. 85; 4. Aufl. 109.

[3] Ausführung des R. O. H. G. Bd. 17, S. 88. Vgl. ferner Entsch. des Obertribunals Bd. 23, S. 356. Ein ähnlicher Fall bei Förster-Eccius, 4. Aufl. IV. 760.

[4] G. S. 49 f. — [5] G. S. 195.

„13. Mai 1833 der landesherrlichen Genehmigung bedürfen, diese „von jetzt an durch das Ministerium der geistlichen Angelegenheiten „ertheilt werden soll.“

Diese königliche Verordnung wurde jedoch durch den § 7 des Gesetzes v. 23. Februar 1870 [1] wieder aufgehoben, desgleichen auch das Gesetz v. 13. Mai 1833, ohne dafs freilich an dem Princip der landesherrlichen Genehmigung etwas geändert worden wäre. Denn auch nach dem neuen Gesetz bedürfen „Schenkungen und letzt- „willige Zuwendungen zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung des „Königs, insoweit dadurch im Inlande eine neue juristische „Person ins Leben gerufen werden soll.“

§ 75.

Die Eigenthumssubjectivität der Bisthümer und Bisthumsanstalten.

Für die Eigenthumsfähigkeit der Bisthümer resp. bischöflichen Kathedralen ist aus dem Landrecht nicht viel zu entnehmen.[2] Diese hat ihre durchaus zureichende Stütze in der Bulle *„De salute animarum,“* deren Festsetzungen bei der Darstellung des gemeinen Rechtes ausführlich gewürdigt wurden. Insbesondere erinnern wir an die Bestimmung, „dafs jede Diöcese zukünftig ein solches „Jahreinkommen haben möge, welches die für die erzbischöf- „liche oder bischöfliche Tafel, für das Domcapitel, für das Seminar „und für den Weihbischof ausgesetzten, unten aufzuführenden Ein- „künfte vollkommen decke, und dafs das Eigenthum solcher Grund- „zinsen . . . einer jeden (bischöflichen) Kirche übertragen „werde.“ Die Privatrechtssubjectivität der preufsischen Bisthümer ist neuestens anerkannt worden durch das Gesetz über die Verwaltung erledigter Bisthümer v. 20. Mai 1874 § 6, wonach unter den dort bestimmten Voraussetzungen die Staatscommissarien „das

---

[1] G. S. 118 ff.

[2] Der § 1032 II. tit. 11 spricht einmal von „unbeweglichen Gütern oder Gerechtigkeiten des Bisthums oder einer Kirche in der Diözes,“ und der § 1034 erwähnt eine „Verleihung von Lehn und Erbzinsgütern, die sich an das Bisthum eröffnen.“ Der § 1050 bestimmt: „Zum Besten des Bisthums kann das Domcapitel, während einer Vacanz, Verträge schliefsen, welche zur Conservation der Gerechtsame desselben nothwendig sind.“

dem bischöflichen Stuhl gehörige und das der Verwaltung des Bischofs unterliegende Vermögen" in Verwahrung und Verwaltung nehmen.[1]

Auch die Privatrechtsfähigkeit der Bisthumsanstalten, insbesondere der Seminare, Demeriten- und Emeritenanstalten, ist, wie wir früher zeigten,[2] nach dieser Bulle nicht zu bezweifeln. Die Rechtssubjectivität der ersteren ist eigentlich schon durch Th. II. tit. 12 § 54 des A. L. R. ausgesprochen:

> „Schulen und Gymnasia, in welchen die Jugend zu höhern „Wissenschaften... durch Beibringung der dabei nöthigen „oder nützlichen wissenschaftlichen Kenntnisse vorbereitet „werden soll, haben die äufseren Rechte der Corpo- „rationen."[3]

Was ferner die Demeriten- und insbesondere die Emeritenanstalten betrifft, so können dieselben sehr wohl unter dem Th. II. tit. 19 § 42 f. begriffen werden, welcher den „vom Staate ausdrücklich oder stillschweigend genehmigten Armen- und andern Versorgungsanstalten" die Rechte „moralischer Personen" sowie diejenigen „der Kirchengüter" garantirt.

Besondere Erwähnung verdient jedoch die Thatsache, dafs es im Gebiet des preufsischen A. L. R. keine Intercalarfonds giebt. Die Bestimmung der »Grundzüge« v. 30. April 1818: „aus den Intercalargefällen aller erledigten geistlichen Stellen ohne Ausnahme soll ein besonderer Fonds errichtet werden" (§ 73), hat in Preufsen keine Verwirklichung gefunden. Nach A. L. R. II. tit. 11 § 852 werden vielmehr die Intercalargefälle kraft Zuwachsrechtes zum Beneficium kapitalisirt.[4] Diese Bestimmung wurde nicht aufgehoben, ist also noch rechtsverbindlich.

---

[1] Auch Dernburg erkennt die Rechtssubjectivität der preufsischen Bisthümer ausdrücklich an. Preufs. Privatrecht I. 1. Aufl. 87, 88[17]; 4. Aufl. 108, 110[32]. S. 108[16] findet sich auch das dem obigen Maigesetz entnommene Argument.

[2] § 43.

[3] Dernburg (Preufs. Privatr. I. 1. Aufl. 86; 4. Aufl. 108) scheint den § 54 auf die Schulen „staatlicher oder städtischer Stiftung" zu beschränken, erkennt aber die Rechtssubjectivität „gewisser (?) Seminare" an. I. 109 (4. Aufl.) In der 1. Auflage geschieht der Seminare keine Erwähnung.

[4] A. L. R. II. 11 § 852: „Was an den Einkünften der Pfarren während der Vacanz nach Abzug der Vertretungskosten übrig bleibt, wächst, wo kein Gnadenjahr stattfindet, dem Pfarrvermögen zu." Wenn Vering (Kirchenrecht 2. Aufl.

Damit steht nun freilich ein Erlafs des preufsischen Cultusministers v. Mühler vom 7. November 1865,[1] ein Circular des fürstbischöflichen Generalvicariatamts zu Breslau vom 13. Juni 1872[2] und ein Erlafs des Fürstbischofs v. Breslau v. 19. März 1883[3] im Widerspruch. Diese Verfügungen sind aber — wir halten die Kritik von Hinschius in Delbrücks Polit. Wochenschrift, 1883, N. 25, S. 201 ff. für durchaus zutreffend — weil gegen das materielle Recht verstofsend, ungiltig, abgesehen davon, dafs der bischöfliche Erlafs die im Ministerialrescript nur bezüglich der Curatstellen königlichen Patronats ausgesprochenen Grundsätze schlechthin auf alle Beneficien ausdehnt. Sie sind mit Nullität behaftet, mögen wir in der Regierung nur den verhandelnden Patron oder die verfügende Staatsbehörde, mögen wir im Bischof nur den Intercalarvermögensverwalter — was er übrigens nach dem Gesetz v. 20. Juni 1875 nicht mehr ist — oder den Repräsentanten und Leiter der Diöcese erblicken. Ein dem A. L. R. derogirendes Diöcesan- resp. Provinzialrecht oder eine entgegenstehende Observanz ist nicht nachgewiesen, und so haben wir auch für die zum Bisthum Breslau gehörigen preufsischen Landestheile den oben citirten § 852 als verbindlich zu erachten, und die Auffassung, des Berliner Polizeipräsidiums,[4] und damit mittelbar jedenfalls auch des Cultusministers, dafs, wenn „in dieser Beziehung ein Diöcesanrecht oder eine Observanz „behauptet wird . . . sich die gesetzlichen Vertreter der Kirchen-

---

799[14]) meint, dafs „in Preufsen, soweit dort nicht ein Gnadenjahr Platz greift," die Intercalareinkünfte an den Emeritenfonds fallen, so ist darauf zu erwidern, dafs dem Emeritenfonds in der ganzen preufsischen Gesetzgebung, auch in dem angezogenen § 851 des A. L. R. II. 11 kein solches Recht beigelegt ist, und dafs das preufsische Obertribunal im Präjudiz v. 25. Septbr. 1837 (Präjudizien-Sammlung I. 209) den Grundsatz aufgestellt hat: „Auch wo ein Gnadenjahr stattfindet, wachsen die Pfarreinkünfte nach Abzug der Vertretungskosten dem Vermögen nach Ablauf der Gnadenzeit während der Fortdauer der Vacanz zu, wenn die Pfarre noch länger unbesetzt bleibt."

[1] Abgedruckt im Archiv 50, S. 298 f.

[2] Abgedruckt im Archiv 50, S. 292 ff.

[3] Abgedruckt im Archiv 50, S. 291 f.

[4] Abgedruckt im Archiv 50, S. 300 f. Das Polizeipräsidium hat diese Mittheilung als Aufsichtsbehörde im Sinne des Kirchenvermögensverwaltungsgesetzes an die ihm unterstellten Kirchenvorstände gelangen lassen.

„gemeinden gemäfs § 8 und § 21 N. 11 des Gesetzes vom 20. Juni „1875 (G.-S. S. 241) in jedem einzelnen Falle darüber schlüssig „zu machen haben," hat unsern Beifall. In der augenscheinlichen Absicht, den früheren Cultusminister nicht zu compromittiren, vielleicht auch halb und halb noch im Glauben an die Giltigkeit des Ministerialerlasses, beobachtet die Breslauer Regierung eine äufserst reservirte, nicht ganz zu billigende Reserve, wie die Mittheilung des Regierungspräsidenten an die Kirchenvorstände beweist.[1] Die Aufsichtsbehörde hat, gerade wie der Kirchenvorstand, die Pflicht, sich über das Bestehen einer Observanz Gewifsheit zu verschaffen, und darnach ihr Urtheil zu bilden. Diese Pflicht erfüllt sie aber nicht, wenn sie einem Beschlufs des Kirchenvorstands, die Intercalargelder an den Bau- oder Intercalarfonds abzuführen, von vornherein ihre Zustimmung sichert. Denn wenn eine entgegenstehende Observanz nicht nachgewiesen ist, hat der Kirchenvorstand nach Lage der Gesetzgebung nicht blofs keine Pflicht, sondern auch kein Recht, eine Spoliation der Beneficien zu Gunsten eines Diöcesanfonds vorzunehmen.

Wenn wir so aber auch die Rechtsständigkeit des bischöflichen und Ministerialerlasses bestreiten, so kommen wir doch zu einem andern Schlufs als Hinschius. Nach unserer Ansicht sollte man nicht die Erlasse mit dem Landrecht in Einklang bringen, resp. aufheben, sondern das letztere nach den ersteren durch einen gesetzgeberischen Act verbessern. Denn die den Erlassen zu

---

[1] Archiv 50, S. 301: „Die Stellung der staatlichen Patronatsbehörden sowohl, als auch der staatlichen Aufsichtsbehörden, deren Genehmigung es in Fällen der Art nach § 50 Nr. 8 des Gesetzes bedarf, verhält sich hierbei (so lange nicht etwa eingehende rechtskräftige Entscheidungen der Gerichte oder sonstige geeignete Umstände zu einer anderweitigen Anordnung führen sollten) auch ferner nach derjenigen Uebung, wie sie sich nach Erlafs der Allerhöchsten Ordre vom 31. Juli 1865 gebildet hat, so dafs, falls die Interessenten über die Abführung der Intercalar-Ueberschüsse einig sind, staatlicherseits ein Hindernifs nicht entgegenzustellen, dafs aber, falls kirchliche Gemeindeorgane oder Privatpatrone die Abführung der Intercalar-Ueberschüsse an die bischöflichen Diöcesanfonds verweigern, von Anwendung administrativen Zwanges abzusehen und der bischöflichen Behörde zu überlassen sein wird, den etwa behaupteten Anspruch auf den Bezug der Intercalargefälle für die Diöcesanfonds im Rechtswege geltend zu machen."

Grunde liegende Idee ist durchaus richtig und würdig, Gesetzesnorm zu werden. Das Beneficium hat mit seinen regelrechten Einkünften bestehen können; es ist daher nicht einzusehen, warum es trotzdem eine nach Lage der Zeit vielleicht ungemessene Vermögenssteigerung erfahren soll, während anderswo bitterer Mangel herrscht. Dabei ist ja nicht ausgeschlossen, dafs im Fall der Unterstützungsbedürftigkeit jenes Beneficiums selbst die Intercalare auch zu seiner Aufbesserung verwendet werden, wie dies auch in dem Ministerialerlafs vorgesehen ist. Die Intercalargefälle, soweit sie nicht zur Deckung der Ausgaben für die Vertretungsseelsorge dienen, sind Ersparnisse, die besser eine zweckdienliche Verwendung finden, als dafs sie der Rost verzehrt. Auf diesem Standpunkt stehen auch die meisten deutschen Particulargesetzgebungen,[1] und wenn der preufsische Gesetzgeber in gutgläubiger Anlehnung an unpraktische Bestimmungen

---

[1] Vgl. S. 196. In Sachsen, das bis zum Jahr 1878 eine dem preufsischen Landrecht entsprechende Bestimmung hatte, ist dieselbe in der von uns bezeichneten Richtung geändert worden. Vgl. S. 196 f. Ueber die kirchlicherseits getroffenen wechselnden Bestimmungen, betr. die Verwendung der Intercalarfrüchte, vergl. Vering, K. R. 2. Aufl 798 ff.; Phillips, Lehrb. 1881, S. 500 ff Nach bayr. Recht insbesondere Krick, Handbuch der Verwaltung des K. V. in Bayern 1880, S. 23 f. und dessen „kathol. Pfründewesen“ in Bayern, 182 ff. Daselbst (S. 222 f.) ist auch eine Allerh. V. O. v. 21. April 1807, „die Intercalarfrüchte bei erledigten Kirchenpfründen betr.“, abgedruckt. Die kirchlich-gemeinrechtliche Auffassung ist in einer Decretale Alexanders III. enthalten (c. 4 X. 1, 31): *„aut in ecclesiarum utilitatem expendere, aut futuris personis fideliter reservare,“* desgl. in einer Decretale Bonifacius VIII. (c. 40 in VI⁰ 1, 6): *„in utilitatem dictarum ecclesiarum expendi vel futuris . . successoribus fideliter reservari.“* (Wiederholt in c. 9 in VI⁰ 1, 16.) Hiernach fallen die Intercalarfrüchte entweder der betreffenden Kirchenfabrik **oder** dem diesbezüglichen Beneficium zu. Man kann also sagen: Das preufs. A. L. R. steht im wesentlichen auf dem Standpunkt des gemeinen Kirchenrechts. Wenn daher der bischöfliche Erlafs sagt: „Die pfarrlichen Intercalare sind kein Gemeinde-, sondern Kirchengut (— das bestreitet übrigens kein Mensch —), kommen von der Kirche und fallen, wie sie vom Bischof bei der canonischen Einsetzung dem Pfarrer überwiesen werden, bei der Erledigung der Pfarrei an den Bischof zu oben genannten Zwecken (d. h. für den Bau- oder Intercalarfonds) zurück“ — so ist damit in keiner Weise der kirchenrechtliche Standpunkt ausgedrückt, wie insbesondere die Decretale Alexanders III. deutlich beweist: *„ponatis oeconomos qui debeant ecclesiarum fructus percipere et eos aut in ecclesiarum utilitatem expendere aut futuris personis fideliter reservare.“* Ein völlig unbeschränktes Dispositionsrecht des Bischofs über die Rentenüberschüsse der

des canonischen Rechts diesem durchaus vernünftigen Gedanken nicht baldigst Rechnung trägt, so möge der Bischof v. Breslau daran denken, seiner besseren Erkenntnifs dadurch Eingang zu verschaffen, dafs er nach vorgetroffener Vereinbarung in der Collationsurkunde im Betrag der **zugewachsenen** Intercalarzinsen dem *Instituendus* eine Abgabe *(census)* für den Diöcesanfonds auferlegt. Der Geistliche erhält hierdurch das Beneficium in der thatsächlichen Gehaltshöhe seines Vorgängers, und der Grundsatz, wie er sich beispielsweise schon in der Ueberschrift des 12. Tit. des 3. Buchs der Decretalen ausspricht — *„ut ecclesiastica beneficia sine diminutione conferantur“* — ist nicht verletzt.[1]

§ 76.

Die Eigenthumssubjectivität der Domcapitel, Collegiatstifter, Klöster und Congregationen.

Die Privatrechtsfähigkeit der Domcapitel steht, wie wir sahen, nach der Bulle *„De salute animarum“* fest.[2] Sie ist aber bereits im A. L. R. (II. 11, § 1022) klar zum Ausdruck gekommen:

„Domcapitel sind geistliche Corporationen.“ Nachdem im A. L. R. der Begriff der »Corporation« fest umgrenzt ist, gehört ein besonderes Interpretationsgeschick dazu, um mit Fr. v. Sybel zu sagen: „(es) scheint hier unter dem Ausdruck Corporation „lediglich eine Mehrheit von Personen, eine Körperschaft, gemeint „zu sein, ohne dafs derselben die Eigenschaft von juristischen Per„sonen beigelegt wäre.“ [3]

Von Interesse sind noch folgende Bestimmungen:

§ 1025: Alle gemeinschaftliche Rechte des Stifts werden also, mit Ausschlufs des Bischofs, durch das Capitel allein ausgeübt.

§ 1026: Insonderheit gebührt dem Capitel die einige Verwaltung des Stiftsvermögens.

Beneficien, wie es beispielsweise auch in der Denkschrift des bayr. Episcopats von 1850 in Anspruch genommen wird, ist somit kirchenrechtlich nicht zu begründen.

[1] Auch Richter-Dove (Lehrb. 7. Aufl. 1130) beschränkt die Anwendung dieser Rechtsvorschrift darauf, dafs „nicht durch neue Wohlthat der Verlust ausgeglichen wird.“

[2] Vgl. S. 207. — [3] Das altkatholische Bisthum, 31.

Desgleichen erklärt der § 1054 auch die „Collegiatstifter“, sowie der § 1056 „die dem weiblichen Geschlechte gewidmeten weltgeistlichen Stifter“ für „geistliche Corporationen“.

„Sie unterscheiden sich von den Domstiftern nur darin, daſs „ihre Mitglieder an den Angelegenheiten des Bisthums und der „Diöces keinen Theil nehmen.“

Schlieſslich bestimmt auch für die Klöster der § 1057 II. tit. 11 in derselben laconischen Kürze: „Klostergesellschaften sind geistliche Corporationen.“ [1] Daſs hierunter die örtliche Vereinigung im Gegensatz zum Ordensganzen zu verstehen ist, ergiebt sich aus § 1058 und 1059. [2] Auch das Klostergesetz vom 31. Mai 1875 [3] kennt nur ein „Vermögen der Niederlassungen der Orden“ (§ 4). Im A. L. R. II. 11 § 939 wird allerdings neben dem Persönlichkeitscharakter der »Klöster« auch derjenige der Orden erwähnt: doch handelt es sich hier, wie § 1070 zeigt, um „geistliche Ritterorden,“ und ist daran gegenüber der Bemerkung Dernburgs, daſs nach L. R. II. 11 §§ 939, 940 „Klöster, Stifte und Orden“ [4] Privatrechtssubjecte seien, besonders zu erinnern.

Im Uebrigen spricht das Landrecht nur von Orden, nicht von Congregationen. Dies geht nicht bloſs aus den §§ 1059, 1060, 1063, 1064, sondern insbesondere aus 1057 hervor, wonach die Mitglieder von Klostergesellschaften „durch feierliche Gelübde sich verpflichtet haben.“ [5] Wir haben bereits oben [6] dargethan, daſs die herrschende Ansicht in der Feierlichkeit der Gelübde das unterscheidende Criterium der Orden und Congregationen erblickt.

Nichtsdestoweniger kennt aber auch das Preuſsische Recht Congregationen, welche aus naheliegenden Gründen in der Neuzeit die Orden überflügelten; über Namen und Zahl giebt die oben er-

---

[1] Aehnlich das bayr. Landr. V. c. 19 § 13 nr. 2.

[2] 1058: „Den einzelnen Klostergesellschaften sind eigene Obern, unter den Namen der Aebte, Prioren, Pröbste, Guardiane oder Rectoren vorgesetzt“.

1059: „Alle Klostergesellschaften einer Provinz, welche zu einerlei Ordensregel sich bekennen, stehen unter dem Provinzial.“

[3] G. S. 217.

[4] Preuſs. Privatr. I. 1. Aufl. 87, 4. Aufl. 109.

[5] Vgl. auch Schuppe (Archiv 10, S. 74).

[6] S. 242.

wähnte Monographie von Hinschius die beste Auskunft. Den besten Beweis haben wir in dem Gesetz v. 31. Mai 1875, „betr. die geistlichen Orden und ordensähnlichen Congregationen der katholischen Kirche," welches mit den Orden auch die bestehenden „ordensähnlichen Congregationen" auflöste und deren Neuerrichtung verbot (§ 1). Dafs beide in gleicher Weise als vermögensfähig gegolten hatten, ergiebt sich vor Allem aus dem § 4:

„Das Vermögen der aufgelösten Niederlassungen „der Orden und ordensähnlichen Congregationen „unterliegt nicht der Einziehung durch den Staat. Die „Staatsbehörden haben dasselbe einstweilen in Verwahrung „und Verwaltung zu nehmen . . . Aus dem Vermögen „werden die Mitglieder der aufgelösten Niederlassungen „unterhalten. Die weitere Verwendung bleibt gesetzlicher „Bestimmung vorbehalten."

Was das geltende Recht anlangt, so gestattet das erwähnte Klostergesetz im § 2 nur das Fortbestehen von „Niederlassungen der Orden oder ordensähnlichen Congregationen, welche sich ausschliefslich der Krankenpflege widmen." [1] Die Errichtung neuer Niederlassungen wurde aber erst durch das Gesetz v. 14. Juli 1880 [2] erlaubt. Hier wird nämlich durch den § 6 bestimmt:

„Die Minister des Innern und der geistlichen Angelegen„heiten sind ermächtigt, die Errichtung neuer Nieder„lassungen von Genossenschaften, welche im Gebiete der „Preufsischen Monarchie gegenwärtig bestehen und sich „ausschliefslich der Krankenpflege widmen, zu genehmigen, „auch widerruflich zu gestatten, dafs gegenwärtig bestehende „weibliche Genossenschaften, welche sich ausschliefslich der „Krankenpflege widmen, die Pflege und Unterweisung von

[1] Schon das Edict v. 30. October 1810 (G. S. 32), welches die Auflösung der Klöster und die Saecularisation ihrer Güter verfügte, verspricht, für die Dotirung „derjenigen Klöster zu sorgen, welche sich mit der Erziehung der Jugend (das ist neuestens der Hauptstein des Anstofses) und der Krankenpflege beschäftigen, und welche durch obige Vorschriften entweder an ihren bisherigen Einnahmen leiden, oder deren durchaus neue Fundirung nöthig erscheinen dürfte."

[2] Ges.-S. 285 f.

„Kindern, die sich noch nicht im schulpflichtigen Alter „befinden, als Nebenthätigkeit übernehmen. Neu errichtete „Niederlassungen unterliegen der Aufsicht des Staates in „Gemäfsheit des § 3 im Gesetz v. 31. Mai 1875 (Gesetz-„Sammlung, S. 217) und können durch königliche Ver-„ordnung aufgehoben werden."

Dafs zunächst die vor 1875 errichteten Congregationen in gleicher Weise wie die Ordensgenossenschaften Privatrechtsträger sind, ersieht man aus dem citirten § 4 des Klostergesetzes vom J. 1875. Dieses Gesetz knüpft an die Verschiedenheit von Orden und Congregationen überhaupt keine besonderen Rechtsfolgen, es läfst vor Allem die letzteren an der schon landrechtlich garantirten Vermögensfähigkeit der ersteren participiren, resp. begreift als »Klostergesellschaften« im Privatrechtssinn auch die Congregationen. Ist dem aber so, dann wird gegen die Privatrechtsfähigkeit der nach 1880 neu errichteten Congregationen nichts zu erinnern sein. Dafs aber unter den als Congregation bezeichneten Rechtsträgern in der Regel nur die örtlichen Niederlassungen, seltener die durch die Gemeinschaftlichkeit der Verfassung geeinten Verbandsganzen verstanden sind, ganz wie es oben bezüglich der Orden dargelegt wurde, ergiebt sich aus dem § 4 des Klostergesetzes, welcher nur ein Vermögen der Niederlassungen der Congregationen kennt. Sogar die Verwaltung des Vermögens der aufgelösten Orden und Congregationen, welche der § 4 Abs. 1 „einstweilen" den Staatsbehörden überträgt, ist eine getrennte. Der Regierungscommissar hat bei den Berathungen im Abgeordnetenhaus ausdrücklich erklärt, dafs „es nicht im Entferntesten in der Absicht liegt, das Vermögen der einzelnen Niederlassungen in einer Gesammtmasse zu vereinigen." [1] Demgemäfs ist denn auch am 26. Juni 1876 eine Circularverfügung der Minister des Innern und der geistlichen Angelegenheiten ergangen: „Die Vermögensmassen der einzelnen Niederlassungen sind gesondert von einander zu verwalten."

Was die juristische Natur der Congregationen betrifft, so müssen wir dieselben wie die Orden (A. L. R. II. 11, § 1057 u. 940) als »Corporationen« auffassen. Letztere erlangen diesen Charakter

[1] Stenogr. 1807.

ipso iure durch ihre Errichtung. Derselbe ist ein für alle Mal durch das Gesetz ausgesprochen (§ 1057), und die im A. L. R. II. 11, § 939 betonte staatliche Aufnahme, sowie die im Juligesetz vom J. 1880 geforderte ministerielle Genehmigung betrifft nur die Bestands-, nicht aber die Persönlichkeitsfrage. Ganz so werden wir bezüglich der Congregationen zu urtheilen haben, welche nach dem § 2 des Klostergesetzes fortbestehen blieben, obschon hier, offenbar im Gefühl der Rechtsunsicherheit, die Ertheilung der Corporationsrechte oft besonders nachgesucht und ertheilt worden ist.

Eine Streitfrage könnte es nur sein, inwieweit für die nach dem Juligesetz neu errichteten Congregationen eine besondere ausdrückliche Anerkennung ihrer Corporationsrechte nöthig ist. Die V. U. v. 31. Januar 1850 sagt im art. 31: „Die Bedingungen, unter welchen Corporationsrechte ertheilt oder verweigert werden, bestimmt das Gesetz.“ Ein solches Gesetz ist aber niemals ergangen, ist aber auch bezüglich der Congregationen nicht nöthig, denn der art. 13 der V. U. fordert nur ein Gesetz, wenn geistliche Gesellschaften derjenigen Kategorien, die zur Zeit des Inkrafttretens der Verfassung keine Corporationsrechte hatten, diese Rechte erlangen sollen. [1] Zu diesen Kategorien gehören aber die Congregationen nicht, [2] sie haben also bereits mit ihrer Existenz Corpo-

---

[1] „Die Religionsgesellschaften, sowie die geistlichen Gesellschaften, welche keine Corporationsrechte haben, können diese Rechte nur durch besondere Gesetze erlangen.“

[2] Die herrschende Ansicht ist anders. Dernburg (Preufs. Privatr. 1884, I. 109 [17], desgl. schon 1. Aufl. 87) nimmt an, dafs nach art. 13 der V. U. selbst an Klöster Corporationsrechte nur auf Grund eines Gesetzes ertheilt werden. Was heifst denn da noch der § 1057 (II. 11), welcher generisch bestimmt: „Klostergesellschaften sind geistliche Corporationen“ (vgl. auch § 939 f.). Dernburgs Fehler liegt darin, dafs er die Wendung, „die geistlichen Gesellschaften, welche keine Corporationsrechte haben,“ *in specie,* und nicht *in genere,* fafst. Damit steht er aber wiederum mit sich selber im Widerspruch, wenn er den art. 13 in folgender Weise erläutert: „Nur für solche Kategorien von Religionsgesellschaften und von geistlichen Gesellschaften, welche bis zum Erlafs der Verfassung noch nicht mit Corporationsrechten bedacht waren, verhält es sich anders infolge einer ausdrücklichen Vorschrift der Verfassungsurkunde. Sie können gemäfs dieser Bestimmung Corporationsrechte nur durch Gesetz erhalten“ (Preufs. Privatr. 1875, I. 86. Desgl. 4. Aufl., S. 107). Auch die Auffassung von Förster-Eccius (Preufs. Privatr., 4. Aufl. IV. 1. S. 744),

rationsrechte; die im A. L. R. und im Juligesetz geforderte Bestätigung ist ausschliefslich polizeilicher Art und erstreckt sich nur auf die Existenzberechtigung, nicht auf die Privatrechtsnatur.[1] Die Congregationen sind also wie die Klostergesellschaften im engeren Sinn kraft Rechtssatzes Personen und bedürfen zu diesem Zwecke keiner besondern Concession. Wir stehen hiermit im Widerspruch mit der herrschenden Doctrin sowohl als mit der Praxis. Hinschius[2] hat viele Cabinetsordres angeführt, welche klösterlichen Genossenschaften die Rechte einer „moralischen Person" erst verliehen haben; wir legen darauf aber um so weniger Werth, als diese Praxis auch im Widerstreit mit art. 13 der V. U. steht, wonach die Ertheilung von Corporationsrechten durch das Gesetz zu erfolgen hätte.

V. Das Gebiet des französischen Rechts.

§ 77.

Der Stand der Frage.

Zum französischen Rechtsgebiet gehört in Deutschland aufser Elsafs-Lothringen noch Rheinpreufsen, Rheinbayern, Rheinhessen, das mit Oldenburg vereinigte, in der preufsischen Rheinprovinz liegende Fürstenthum Birkenfeld und die Grafschaft Meisenheim, welche mit der Landgrafschaft Hessen-Homburg verbunden war.

Hinschius im Koch'schen Commentar (6. Ausg., IV. 124) und Richter-Dove (Lehrb., 7. Aufl. 1084) ist im Rahmen der herrschenden Meinung gehalten und falsch.

[1] Vgl. die Wendungen des A. L. R., II. 11 § 939: „Die vom Staate aufgenommenen Stifter, Klöster und Orden"; § 948: „nach den von ihm bestätigten Grundverfassungen". In dieser Einschränkung stimmen wir dem im Erkenntnifs des preufsischen Obertribunals v. 27. November 1860 (Striethorsts Archiv 39, S. 231) aufgestellten Grundsatz vollständig bei: Eine Gesellschaft kann nur mit Genehmigung des Staats zu einer Klostergesellschaft gebildet und dadurch zu einer Corporation erhoben werden. Daher kann von der Existenz eines Klosters im Sinne des A. L. R. nicht die Rede sein, bevor dasselbe die Genehmigung des Staates erhalten und damit zu einer Corporation erhoben ist.

Nirgends ist die Kircheneigenthumsfrage so bestritten, als in dem französischen Rechtsgebiet. Die Literatur ist hier bereits ins Unübersehbare gestiegen, und trotzdem ist man sich noch keinen Schritt näher gerückt, wie insbesondere die widersprechende Judicatur bezeugt. Den Streit wird wohl erst die zu erwartende Neucodification endgiltig beseitigen können, denn der Schwerpunkt liegt hier in der Interpretation. Die französische Kirchengesetzgebung trägt zu sehr die Spuren der verworrenen Zeit, in welcher sie entstand, und Klarheit, Unzweideutigkeit und Bestimmtheit wird ihr gewifs Niemand nachsagen. Insbesondere wird der Streit über die Bedeutung des *„mettre (remettre) à la disposition des évêques“* und des *„mettre sous la main de la nation“* aller Voraussicht nach auch für die Zukunft noch die Interpreten beschäftigen. Der Schwerpunkt der Controverse liegt aber noch mehr in dem gesetzgeberisch nicht näher bestimmten Verhältnifs der *bona ecclesiastica (biens ecclésiastiques),* als welche insbesondere aufgezählt werden die *„biens du clergé,“ „des fabriques“* und *„des établissements d'enseignement et de charité“*, zu den *res sacrae,* für welche die einschlägige französische Gesetzgebung nicht einmal einen besonderen Namen aufweist. Die Frage stellt sich kurz so: begriff die Saecularisation der *biens ecclésiastiques* auch diejenige der *res sacrae,* speciell der Kirchen? Und weiter: erfolgte die Rückgabe blofs zum Gebrauche oder zum Eigenthum?

Nach der Beantwortung dieser Fragen unterscheiden sich zwei Theorien, von welchen die eine die Kircheneigenthumsqualität der Kirchen bejaht und die andere principiell verneint, letztere, um dann des Weiteren ein Eigenthum des Fiscus oder auch der Civilgemeinde zu vertheidigen, während die kirchliche Eigenthumstheorie nur in ihren negativen Formulirungen Uebereinstimmung zeigt, im Uebrigen aber mit allen im 1. Band vorgeführten Schwächen und Einseitigkeiten der kirchlichen Eigenthumstheorien behaftet erscheint.

I. Das staatliche Eigenthum der Kirchen vertritt insbesondere ein Urtheil des Cassationshofes zu Paris v. 7. Juli 1840,[1] während

[1] Sirey *„Recueil général“*, 1840, Abth. I., S. 597. Gräff, „das Eigenthum der kath. Kirche an den ihrem Cultus gewidmeten Metropolitan-Kathedral- und

das preufsische Obertribunal in den Erkenntnissen v. 23. Januar 1855 [1] und 24. September 1861 [2] das fiscalische Eigenthumsrecht dahin modificirt, der Staat hätte später den politischen Gemeinden sein Eigenthumsrecht abgetreten. Diese Argumentation findet sich auch in einem Urtheil des Appellhofs v. Agen v. 26. Novbr. 1835, [3] ist überhaupt die regelmäfsige Beweismethode der Communaleigenthumstheorie. Eine etwas bequeme Mittelstrafse geht Thudichum, wenn er sagt: „Auf dem linken Rheinufer sind Kirchengebäude und Pfarrhäuser theils Eigenthum des Staates, theils der bürgerlichen (nicht der kirchlichen) Gemeinde;" [4] schon ein Circular vom 1. December 1838 kennt — diese Ansicht wurde später auch von Sternberg vertreten [5] — ein „der Gemeinde zustehendes Eigenthumsrecht" an den gewöhnlichen Kirchen, doch „steht bezüglich der Kathedralen und übrigen Diöcesangebäude dem Staat das Eigenthum zu." [6] Für das ausschliefsliche Nationaleigenthum sprechen sich die amtlichen Verhandlungen im französischen Staatsrath, in der Deputirten- und in der Pairskammer, betr. den erzbischöflichen Palast zu Paris, v. J. 1837, [7] ferner das Gutachten des königl. preufs. Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten vom 30. Januar 1853 aus. [8]

II. Ein Communaleigenthum der Kirchen wird aufser den genannten Erkenntnissen insbesondere angenommen durch ein Urtheil des Cassationshofs von Paris v. 12. März 1839, [9] des Appell-

Pfarrkirchen nach den in Frankreich und in den übrigen Ländern des linken Rheinufers geltenden Gesetzen, 133.

[1] Archiv f. d. Civil- und Criminalrecht, 50, Abth. 2, S. 74.

[2] a. a. O. Bd. 56, Abth. 2, S. 57 ff.

[3] Sirey, l. c. 1837, 1. Abth. S. 49; Gräff, 136.

[4] II. 229.

[5] Versuch einer juristischen Theorie vom Eigenthum der römisch-katholischen Kirche, 23.

[6] Dursy, das Staatskirchenrecht in Elsafs-Lothringen, I. 175.

[7] Abgedruckt bei Gräff, 148 ff. Als der Erzbischof v. Paris das Eigenthum des Staates an dem erzbischöflichen Palaste bestritt, wurde er sogar wegen *abus* vor den Staatsrath gezogen. Vgl. die Staatsrathsentscheidung vom 21. März 1837 bei Dursy, I. 170; die Ausführungen des Berichterstatters 168 f. Vgl. auch das Circular v. 20. November 1833 bei Dursy, I. 165.

[8] Abgedruckt bei Gräff, 161 ff.

[9] Sirey, *Recueil* 1839, 1, S. 281; Gräff, 136.

hofs zu Paris v. 3. December 1834,[1] des Appellhofs zu Poitiers v. 20. Februar 1835,[2] des Appellhofs zu Pau v. 12. August 1851,[3] ferner des Appellationsgerichtshofs v. Köln v. 14. August 1847.[4] Die Herausgeber der von Sirey gegründeten Sammlung theilen in einer Note zu dem eben angeführten Cassationsurtheil v. 15. Novbr. 1853 mit, dafs sich für das Gemeindeeigenthum bereits ausgesprochen hätten: *Henrion de Pansey, „Du pouvoir municipal“ p. 162; Vuillefroy, „De l'administration du culte catholique“, v. „Eglise“ N. 1, p. 363; Lerat de Magnitot, „Dictionnaire de droit administratif“, v. „Culte“ sect. 5, p. 364; G. Dufour, „Droit administratif“, t. 3, N. 1797; L. Dufour, „Police des Cultes“, p. 619; Clerault* in der *„Revue de droit français et étranger“ 1847, p. 533.* Hierher gehören auch die franz. Staatsrathsgutachten v. 24. Decbr. 1804, 22. Jan. 1805 und 3. Novbr. 1836, welche man gemeinhin irrthümlicherweise als Rechtsquellen anführt. Sie sind jedoch, wie wir sehen werden, zu beurtheilen wie das oben erwähnte, im Sinne des Nationaleigenthums abgegebene Gutachten des preufsischen Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten vom 30. Januar 1853, welches von sich selbst sagt, dafs es „nur eine Auskunft, insoweit sie von dem Richter erfordert wird, zu ertheilen hat, ohne dafs derselben bindende Kraft für den anerkennenden Richter beigelegt wäre.“

Für ein civilgemeindliches Eigenthum haben sich insbesondere neben dem bereits erwähnten Cassationsurtheil des preufsischen Obertribunals v. 23. Januar 1855 der hessische Cassationshof durch Urtheil v. 5. April 1853 sowie 28. Juni 1859,[5] ferner auch der grofsh. hessische Generalstaatsprocurator Emmerling in seinem mit dem letzterwähnten Urtheil veröffentlichten Gutachten und im An-

---

[1] Sirey, *Recueil* 1836, 2, S. 99; Gräff, 134.

[2] Sirey, 1835, 2, S. 206; Gräff, 134.

[3] Sirey, 1854, 1, S. 111; Gräff, 137. Dieses Urtheil wurde übrigens cassirt durch Urtheil v. 15. Novbr. 1853 (Sirey, l. c., Gräff, 138), aber auch hier wird die Gemeindeeigenthumstheorie von Neuem anerkannt.

[4] Archiv f. d. Civil- und Criminalr. der K. preufs. Rheinprovinz, 42, I. 204; Gräff, 141 f.

[5] Abgedruckt in Emmerlings Sammlung der Entscheidungen des grofsh. hess. Cassationshofs in Civil- und Strafsachen (Jahrg. der Urtheilsfällung).

schlufs hieran Köhler[1] ausgesprochen. Dieser Auffassung blieb das hessische Oberappellationsgericht trotz Hirschels[2] vorzüglicher Kritik auch im Urtheil v. 20. Mai 1873 treu, wodurch die zu Gunsten des Fabrikeigenthums ergangenen Urtheile des Friedens- sowie des Bezirksgerichtes zu Mainz v. 2. April und 5. Mai aufgehoben wurden.[3] Den Uebergang der Communal- zur Kircheneigenthumstheorie finden wir bei Jacobson-Mejer,[4] wonach jede Fabrik ein besonderes Rechtssubject (ist), verschieden von dem Subject, welchem das sonstige Kirchengut gehört, insbesondere von der Commune, der Civilgemeinde, als dem Subject des Eigenthums des Kirchenguts nach französischem Recht.

III. Die Kircheneigenthumstheoretiker sind nur einig in der Abwehr der National- und Communaleigenthumstheorie, im Uebrigen sind ihre Ansichten nicht blofs unter einander sehr verschieden, sondern es zeigen sich auch bei denselben Schriftstellern nicht selten Wandlungen und Widersprüche der bedenklichsten Art. So hatte der Erzbischof Affre in seinem *„traité de l'administration des paroisses"* (1.—4. Aufl.) die politische Gemeinde als Eigenthümerin der Kirchen bezeichnet; in der 5. Auflage (1845) erst gab er diese Theorie auf und trat für das Kirchenfabrikeigenthum ein mit der Erklärung (p. 133), nur die Besorgnifs, die Kirchenfabriken in kostspielige Processe mit den Gemeinden zu verwickeln, habe seine früheren Aeufserungen veranlafst. Von ganz besonderem Interesse ist die oben erwähnte Monographie von Gräff, die aus Anlafs eines vor dem Landgericht Trier unter Mitwirkung des Landgerichtspräsidenten

---

[1] Zeitschr. f. K. R. 1883, S. 77.

[2] Das Eigenthum an den kath. Kirchen nebst Zugehörungen nach der franz. Gesetzgebung . . . mit besonderer Berücksichtigung der Entscheidungen des grofsh. hess. Cassationshofes, 1867.

[3] Hiergegen richtet sich der Aufsatz Hirschels: „Das Eigenthum an den kath. Kirchengebäuden und deren Zubehörungen nach franz. Rechte" im Archiv f. kath. K. R. 32, S. 3—32. Etwas abgeschwächt erscheint die Communaleigenthumstheorie in einem Urtheil des 3. Civilsenats des Reichsgerichts v. 21. Octbr. 1881, wo es als offenkundig bezeichnet wird, dafs in manchen Theilen des linken Rheinufers den bürgerlichen Gemeinden überhaupt das Eigenthum an den Kirchengebäuden zusteht (Müller, Ueber das Privateigenthum an katholischen Kirchengebäuden, 70).

[4] Herzogs Realencyclopädie, VII. 273.

Gräff selbst entschiedenen Kirchenprocesses[1] geschrieben wurde, und die im Wesentlichen auf dem diesbezüglichen Urtheilstenor beruht. Dieser läſst durch die *consecratio* kirchliches Eigenthum entstehen[2] und erklärt in einer sehr eingehenden Untersuchung über die französische Rechtsentwicklung die Gesammtkirche für die Eigenthümerin der Kirchen.[3] Später will er dagegen dargethan haben, „daſs nach den Vorschriften des canonischen Rechts, insbesondere „nach den in Frankreich von den ältesten Zeiten herrschenden „Canones und nach den Beschlüssen der gallicanischen Kirche in „erster Reihe immer der Bischof als der eigentliche Eigenthümer „der sämmtlichen Kathedral- und Pfarrkirchen gegolten habe,[4] und „daſs bei den letzteren erst in zweiter Reihe die Kirchenfabrik" — die er dann merkwürdiger Weise als Körperschaft, nämlich als „das Collegium der *Matricularii* oder *Marguilliers*" begreift — „der Träger und Repräsentant jener Eigenthumsrechte gewesen sei;"[5] S. 22 erscheinen dann die Bischöfe wieder kurzhin als „Repräsentanten der Vermögensrechte und als Eigenthümer der Kirchen," und das geschieht auch S. 115, obschon gerade im vorangehenden Satz der Pfarrer wieder in „zweiter Reihe" als Eigenthumsträger bezeichnet worden war. Nachdem er dann auf etwa 100 Seiten für das Kirchenfabrikeigenthum plaidirt hat, meint er S. 127, das Gesetz habe sich „sehr deutlich ausgedrückt", „daſs sie (die Kirchen) nicht den politischen, sondern den kirchlichen Gemeinden

---

[1] Archiv f. d. Civil- und Criminalr., 53, 2 B., S. 3 ff.

[2] S. 29, 111, 119.

[3] S. 8, 17, 19.

[4] Damit vergleiche man die Aeuſserung S. 20: „Als Eigenthümer wird aber vorzüglich (!) diejenige Person oder das Collegium angesehen werden müssen, welchem durch positive Gesetze die Befugniſs zugetheilt ist, das Vermögen der Anstalt, die ihren Zwecken dienenden Sachen vor Gericht zu vertreten," und er meint, es dürfe „unbedenklich (!) derjenige als der rechtmäſsige Eigenthümer angesehen werden, welchem bei dieser Entscheidung durch positive Gesetze der Auftrag ertheilt ist, die Anstalt rücksichtlich ihrer Vermögensrechte zu vertreten." (Man wende diese unglaubliche Deduction auf das Mündelvermögen an und sehe zu, wohin man kommt.) Als solche „Vertreter" bezeichnet er dann vor Allem die „Bischöfe" und „Pfarrer", und es wird zwischen diesen dann eine Eigenthumssteigerung („eigentliche Eigenthümer", „in zweiter Reihe") gemacht (S. 115).

[5] S. 80.

zurückgegeben sind." Auch Bauerband bezeichnet nebeneinander die Kirchengemeinde[1] und die Kirchenfabrik[2] als Eigenthümer, ein Fehler, der auch von Levita,[3] Mooren,[4] de Syo[5] und Saedt[6] nicht vermieden wurde. Ebenso tritt Maurer in seiner beachtenswerthen Schrift „Ueber Eigenthum an Kirchen" für das Eigenthum der Kirchenfabrik ein, identificirt dabei aber die »Kirche« durchaus mit der »Kirchengemeinde«, deren Eigenthum er alsdann, wie es bis zur Stunde noch üblich ist, gegen dasjenige der »Civilgemeinde« ausspielt.[7] Auch Regnier in seinem sonst bedeutsamen „Plaidoyer in Sachen des bischöflichen Seminars zu Trier, die Jesuiten- oder Dreifaltigkeitskirche betr., gegen die evang. Kirchengemeinde daselbst und den Königl. Preufsischen Fiscus"[8] hat sich denselben Fehler zu Schulden kommen lassen. In der vorzüglichen Monographie: „Das Eigenthum an den katholischen Kirchen nebst Zugehörungen nach der französischen Gesetzgebung" von Hirschel, dessen einseitige gesammtkirchentheoretische Auffassung früher ausführlich besprochen wurde, tritt uns die Fabriktheorie verhältnifsmäfsig noch am reinsten und bestimmtesten entgegen.[9] Wir tragen kein Bedenken, die Hirschel'sche Arbeit überhaupt als die beste zu bezeichnen, welche über unsere Frage geschrieben worden ist. Dieses Urtheil abgeben zu dürfen, macht uns um so gröfsere Freude, als wir uns oben mehrfach als Gegner

---

[1] Archiv, 17, S. 353, 366.

[2] Archiv, 17, S. 354.

[3] Das Eigenthumsrecht der katholischen Kirchenfabriken, 1853.

[4] Ueber Eigenthum und Benutzung der Kirchhöfe, 1857.

[5] Das die Kirchenfabriken betreffende Decret v. 30. Decbr. 1809 und das Decret über die Erhaltung und Verwaltung der Güter des Clerus. 1863.

[6] Die kathol. Kirchenfabriken des linken Rheinufers, 1865.

[7] S. 23. Diese Unbestimmtheit findet ihren schärfsten Ausdruck S. 43, wo er dafür eintritt, im Germinalgesetz sei eine staatliche Eigenthumsentäufserung erfolgt „zu Gunsten der Pfarrgemeinden, oder was hier gleichbedeutend ist, der Kirche und der diese vertretenden Kirchenfabriken." Desgleichen übersetzt Mooren (Ueber Eigenthum der Kirchhöfe 54[2]) geradezu *„fabriques"* mit „Kirchengemeinden".

[8] Zuerst als Manuscript gedruckt (1856), dann abgedruckt in den Annalen für Rechtspflege, IX. 1—294.

[9] Nur vereinzelt spricht er von einem Eigenthum der Kirchengemeinde.

von Hirschel aussprechen mufsten. Nach Vering freilich sollen Regnier, Maurer, Gräff, Molitor und Hirschel den „Kirchengemeinden das Eigenthum zusprechen," was er dann seinerseits billigt.[1] Für das Kirchenfabrikeigenthum tritt auch die Schrift *„de la propriété et de l'administration des biens ecclésiastiques en France et en Belge (par A: J. V.)* 1872 p. 106 ff. ein. Die Gesammtkirchentheoretiker haben hier insgesammt ihren extremen Standpunkt aufgegeben, nur Maas[2] kann nicht umhin, auch für das französische Recht einfach „die Kirche" als Eigenthümerin des Kirchenguts zu erklären. Sehr verworren ist das Cassationsurtheil vom 6. December 1836,[3] wonach ein „Eigenthum der Fabrik der Gemeinde" angenommen wird. Der Appellhof zu Colmar schwächt die Gemeindetheorie dahin ab, „dafs, wenn auch ein dem „Cultus bestimmtes Gebäude zu dem *domaine public municipal* zu zählen „sei, hieraus nicht folge, dafs es ausschliefsliches Eigenthum „der Gemeinde sei."[4] Diese Modification geschieht zu Gunsten der Kirchenfabrik, ohne dafs freilich gesagt wird, dieselbe participire am Eigenthumsrecht. In dieser Unbestimmtheit halten sich auch das Cassationsurtheil v. 15. Novbr. 1853,[5] der Appellhof zu Paris im Urtheil v. 3. Decbr. 1834[6] und 24. Decbr. 1857, das Tribunal von Corbeil im Urtheil v. 10. Juli 1856.[7] Die Praxis der belgischen Gerichte ist immer noch die sicherste, wie auch die dortige Regierung in der Auslegung der Restitutionsgesetze richtig und gleichmäfsig verfahren hat.[8]

Der Appellhof zu Limoges entschied dagegen durch die Urtheile vom 2. Januar und 3. Mai 1836, „dafs zwar durch

---

[1] Archiv, 11, S. 462. — [2] Archiv, 4, 288.

[3] Sirey, 1837, 1, 49; Gräff, 136. Letzterer macht hierzu die Anmerkung (2): „Eine Fabrik der Gemeinde ist eine ganz neue Schöpfung des Cassationshofes." Es ist aber zu bedenken, dafs Fabrik soviel als privatrechtliche Persönlichkeit bedeuten kann.

[4] Gräff, 140. — [5] Vgl. S. 329 N. 3.

[6] Sirey, 1836, 2, 99. — [7] Sirey, 1858, 2, 125; Gräff, 140.

[8] *Arrêté* v. 2. Januar 1824; Erlafs des Ministers des Innern v. 7. November 1828; 21. Septbr. 1835 und 8. Mai 1837. Vgl. bezüglich der Kirchhofsjudicatur Mooren, Eigenthum der Kirchhöfe. Vgl. ferner die *Revue cathol. de Louvain* 1862, p. 69, 138, 203, 267, 270, 329, 449, 510, 582, 652, 709; ferner 1863, p. 60 ff.

„*Arrêté* v. 7. Thermidor des Jahres 11 den Kirchenfabriken das „Eigenthum an den supprimirten, in ihren Pfarrbezirken gelegenen Kirchen verliehen worden, dafs aber das Eigenthum an den „durch das Concordat dem katholischen Cultus zurückgegebenen „Kirchen den Gemeinden zustehe." [1] Ein Circular v. 23. Juni 1838 unterscheidet in Anlehnung an ein Staatsrathsgutachten „zwischen den Kirchen und Pfarrhäusern, welche vom Staat in „den auf Grund des Gesetzes vom 18. Germinal X wiedererrichteten „Pfarreien behufs Wiedergebrauchs zur Verfügung gestellt worden „sind, und denjenigen, welche ihrer früheren Bestimmung nicht „zurückgegeben worden sind und sonach Veranlassung zu dem „Decret vom 30. Mai 1806 gegeben haben. Die erstgenannten Ge-„bäude gehören den Gemeinden, die letztgenannten den Fabriken." [2] Für das ausschliefsliche Eigenthum der Kirchenfabrik dagegen haben sich ausgesprochen: Der Appellhof zu Nancy durch Urtheil vom 18. Mai 1827[3], und zwar unter Mitwirkung Troplongs, des späteren Präsidenten des Cassationshofes, das Landgericht zu Aachen im Urtheil v. 9. Mai 1866,[4] die Advocaten-Kammer zu Paris in der Conferenz v. 7.—14. April 1853[5]; von den wissenschaftlichen Vertretern: Foucart,[6] Ariste Bouc;[7] in Deutschland noch Bluhme.[8]

Dieser Ansicht scheint auch Pardessus zu sein; übrigens ist ihm „wegen der Unbestimmtheit der Gesetzgebung die Frage sehr zweifelhaft."

---

[1] Gräff, 135, N. 4 u. 5.

[2] Dursy, Das Staatskirchenrecht in Elsafs-Lothringen, I. 293.

[3] Sirey, 1827, 2, 218; Gräff, 137. Allerdings wurde hierin der Cassationsrecurs für zulässig erklärt, aber die Sache kam nicht zur Entscheidung, weil sich die Parteien inzwischen geeinigt hatten. Gräff, 138.

[4] Archiv f. kath. K. R. 17, S. 374 ff.

[5] *„Les églises rendues au culte sont la propriété des fabriques."* Der Gervais'sche Bericht ist abgedruckt im *„Bulletin des lois" 1853, avril 94*, bei Gräff, S. 181—192 und bei Regnier, p. 88 (aus dem Journal: *la voix de la vérité).*

[6] *„Traité de droit administratif", tom. III. N. 1665 (ed. 1843).*

[7] *Journal des conseillers municipaux 1852,* Novbr. p. 3.

[8] System des Kirchenrechts, 181.

Die meisten die Kircheneigenthumsqualität bezeugenden Urtheile sprechen dagegen für ein kirchengemeindliches Eigenthum der Kirchen. So insbesondere die allerdings cassirten Urtheile des Landgerichts zu Coblenz v. 9. Decbr. 1851 und des Appellationsgerichts von Köln v. 11. Juli 1853.[1] Diesen Standpunkt vertritt auch ein Aufsatz in den Blättern für administrative Praxis und Polizeipflege in Bayern, Bd. XX. 199—213 mit dem Titel: „Sind in der Pfalz die Kirchengemeinden oder die politischen Gemeinden Eigenthümer der Kirchen?“ Eine weitere Aufzählung können wir uns ersparen.

Die letztgenannten Urtheile haben übrigens im Grunde genommen nur einen negativen Werth: sie verneinen blofs ein geltend gemachtes communales Eigenthum, und die positive Formulirung geht auf die Bejahung der Kircheneigenthumsqualität, wofür sich in der Kirchengemeinde als naheliegendem Gegensatz zur Civilgemeinde von selbst der Rechtsträger darbot.

I.
Rechts- und Literaturgeschichtliches.

§ 78.

a) Das Saecularisationsgesetz v. J. 1789.

Das Urtheil über die verwickelten Fragen des französischen Rechts hängt, wie erwähnt, von der Interpretation einer Gesetzesstelle ab.

Die finanzielle Nothlage in Frankreich vor dem Ausbruch der ersten Révolution wandte die Augen der Staatsmänner auf die grofsen kirchlichen Besitzungen, insbesondere den reichen Pfründebesitz. Necker hatte in seiner 1785 erschienenen Schrift: *De l'administration des finances de la France II. p. 229* die jährlichen Gesammteinkünfte des französischen Clerus auf 130 Millionen Fr. angeschlagen, wovon nur 40—50 Millionen auf die zum Theil kärglich besoldeten Pfarrer kamen. Bereits die constituirende Versammlung dabattirte in Besprechung des berüchtigten Antrags des Bischofs Talleyrand v. Autun über den Eigenthümer der *biens du*

[1] Archiv f. d. Civil- und Criminalrecht, 49, I., S. 3 ff.

clergé, und Talleyrand gab seiner rechtlichen Ueberzeugung folgenden Ausdruck: „*A qui donc est la propriété véritable de ces biens? La réponse ne peut plus être douteuse: à la nation.*“ [1] In der Formulirung Mirabeaus wurde endlich der Antrag Talleyrand mit 568 gegen 346 Stimmen angenommen und noch 1789 als Gesetz publicirt. Der Antrag lautete: [2]

L'assemblée nationale decrète,

1. *que tous les biens ecclésiastiques sont à la disposition de la nation à la charge de pourvoir d'une manière convenable aux frais du culte, à l'entretien de ses ministres et au soulagement des pauvres sous la surveillance et d'après les instructions des provinces;*
2. *que dans les dispositions à faire pour subvenir à l'entretien des ministres de la religion, il ne pourra être assuré à la dotation d'aucune cure moins de 1200 francs, non compris le logement et les jardins en dépendants.*“

§ 79.

Interpretation des Saecularisationsgesetzes.

Es entstehen zwei Fragen:

a) was bedeuten die Worte: „*sont à la disposition de la nation?*“

b) gehören zu den „*tous les biens ecclésiastiques*“ auch die *res sacrae,* speciell die Kirchen?

a) Zur Erklärung des ersten Ausdrucks gehen wir am besten von der lateinischen Terminologie aus, welche hier ohne Zweifel den Redactoren vorgeschwebt hat. „*In potestate episcopi esse*“ heifst in der kirchlichen Rechtssprache nicht, wie Gräff S. 22 annimmt, im Eigenthum des Bischofs sein, sondern der verwaltungsrechtlichen Bestimmung des Bischofs unterstehen. [3] Diese

[1] Hermens, Handb. der gesammten Staatsgesetzgebung über den chr. Cultus und über die Verwaltung der Kirchengüter und Einkünfte in den Königl. Preufs. Provinzen am linken Rheinufer, I. 95. Ein Auszug der Verhandlung, I. 91—117.

[2] Abgedruckt bei Hermens, I. 91, 117 ff.

[3] Vgl. beispielsweise c. 6 C. 10 q. 1 (c. 32 *conc. Tolet.* v. J. 633): „*Noverint conditores basilicarum, in rebus quas eisdem ecclesiis conferant, nullam*

bestand mit gewissen Einschränkungen ja auch bezüglich der *res sacrae,* welche sich im Privateigenthum befanden. Das volle kirchliche Bestimmungsrecht aber ist immer der Ausflufs eines bestehenden kirchlichen, gleichgiltig wie immer gearteten Eigenthumsrechts. Bezeichnet so der Terminus *„in potestate episcopi esse"* ein kirchliches Eigenthumsrecht,[1] so kann die Wendung *„sont à la disposition de la nation"* nur die Verweltlichung, Saecularisation des Kirchenguts bedeuten, gleichgiltig, welcher weltliche Rechtsträger succedirt. Uebrigens wird gegen die herrschende Meinung, dafs durch das erwähnte Gesetz die Nation selbst, also der staatliche Fiscus, der Eigenthumsnachfolger des kirchlichen Rechts-

---

se potestatem habere, sed iuxta canonum instituta, sicut ecclesiam, ita et dotem eius ad ordinationem episcopi pertinere." c. 7 C. ib (Conc. Aurelian. I. v. J. 511 c. 17): *„De his quae parochiis in terris, vineis mancipiis atque peculiis quicunque fideles obtulerint, antiquorum canonum statuta serventur, ut omnia in episcopi potestate consistant."* Ebend. (c. 19): *„Omnes basilicae . . . placuit secundum priorum Canonum regulam, ut in eius episcopi potestate consistant, in cuius territorio positae sunt"* (c. 10 C. 16 q. 7). c. 8 C. ib. (l. c. c. 16): *„Antiquos canones relegentes priora statuta credimus renovanda, ut de his quae in altario oblatione fidelium conferuntur, medietatem sibi episcopus vindicet et medietatem sibi dispensandam secundum gradus clerus accipiat, tam de propriis praediis quam de omni commoditate in episcoporum potestate durantibus."* So schon *Can. Apostol. 40 (41): „Praecipimus, ut episcopus res ecclesiae in potestate habeat; nam si praetiosae hominum animae fidei eius committendae sunt, multo utique magis oportuerit, et de pecuniis mandare, ut de illius arbitratu dispensentur."* Ferner c. 1 X. III. 13.

[1] In den mittelalterlichen Urkunden ist *potestas* nicht selten geradezu in der Bedeutung von *dominium* gebraucht; so heifst es beispielsweise in der bei Loening, II. 641[2] mitgetheilten Stelle bezüglich einer Kirche: *„in mea vel de filiis meis sit potestatem . . . nam non vendendi, neque dandi neque in monasterio faciendi neque sub nullius potestate dandi."* Das *dominium* ist eben die vollendetste *potestas.* Was die französische Gesetzgebung anlangt, so stellen es die späteren Decrete aufser allen Zweifel, dafs das Dispositionsrecht eigenthumsrechtlicher Natur war, insbesondere ist das Decret v. 3. Novbr. 1793 art. 1 hierin auch terminologisch correct: *„Tout l'actif affecté à quelque titre que ce soit aux fabriques des églises cathédrales, particulières et succursales, ainsi qu'à l'acquit des fondations, fait partie des propriétés nationales."* Was den französischen Terminus *„disposition"* anlangt, so hat der von Giraud bei den Verhandlungen der Advocatenkammer zu Paris im April 1853 (abgedruckt bei Gräff, 188) versuchte Hinweis, dafs der art. 544 des *Code civil* das Eigenthum definirt als das Recht *„de jouir et de disposer,"* keine Bedeutung. Von hier

trägers geworden sei, nichts Stichhaltiges eingewandt werden können. [1]

Das Wort *„sont“* erfordert noch eine Erklärung. Emmerling spricht in seinem oben erwähnten Gutachten die Ansicht aus, dafs „man sich überzeuge, dafs (Mirabeaus) Grundgedanke, sowie „der aller jener Redner, welche ihn unterstützten, dahin gerichtet „gewesen sei, einen Beschlufs gefafst zu sehen, der keinen Zweifel „darüber bestehen lasse, dafs die Nationalversammlung, indem sie „die geistlichen Güter für Güter der Nation erkläre, sich nicht „eines fremden Eigenthums bemächtige, sondern für Na„tionaleigenthum nur das erkläre, was niemals aufgehört „habe, diese Eigenschaft zu besitzen.“ [2] Er meint, Mirabeau und Genossen hätten nur ein Princip sanctioniren wollen, das Princip nämlich, dafs alle *biens ecclésiastiques* der Nation gehörten, sie hätten aber förmlich dagegen protestirt, „dafs diese Güter erst von nun an mittels Gesetzes zum Eigenthum der Nation erklärt wurden.“ [3] Diese Auffassung, welche auch der Grofsh. Hessische Cassationshof im Urtheil v. 28. Juni 1859 zu der seinigen gemacht hat, [4] ist jedoch bereits durch Hirschel [5] glänzend widerlegt.

Wir geben zu, dafs Mirabeau und manche seiner Anhänger durch den Nationaleigenthumsgedanken mit bestimmt wurden. Man denke nur an folgende Phrase des redegewandten Freiheitshelden:

---

aus kämen wir zu einem bischöflichen Eigenthum. Schulte (jur. Persönlichkeit, 126) hat Recht: *„être à la disposition“* für sich allein ist kein juristischer Ausdruck für im Eigenthum stehen — er kann dies wohl bedeuten: ob er es aber wirklich bedeutet, ist nur aus dem Zusammenhang zu ersehen.

[1] Die in der Conferenz der Advocatenkammer zu Paris v. April 1853 versuchte Argumentation: *„qu'en confiscant les biens ecclésiastiques, ses assemblées ont outre-passé leurs droits. En conséquence, leurs décrets sont nuls“* (abgedruckt bei Gräff, 182) ist nach den oben entwickelten Grundsätzen über das Rechtsgebiet der Frage hier nicht mehr zu berücksichtigen. Auch die Schultesche Bemerkung: „Jene gesetzliche Fassung *(être à la disposition de la nation)* enthält offenbar nicht den Ausspruch, wie man wohl annimmt, dafs damit die Nation als Eigenthümerin erklärt ist,“ (Jur. Persönlichkeit, 125) — darf füglich übergangen werden.

[2] Sammlung der Entsch., 1859, S. 88.

[3] Ebend. S. 90. — [4] Ebend. 145.

[5] Das Eigenthum an den kath. Kirchen, § 3 u. 4.

„Pourquoi donc la nation ne pourrait-elle pas se déclarer propriétaire de ses propres biens!“ Doch schon sein gleichgesinnter College Thouret will es nicht entscheiden, wer der wahre Eigenthümer des Kirchengutes sei, und schlägt daher eine einfache *„prise de possession“* von Seiten des Staates vor *„sans aucun prétexte d'investiture,“* und seine Rede spitzt sich keineswegs zu einer rechtlichen, sondern zu einer lediglich politischen Begründung der beabsichtigten Mafsnahmen zu. Die Majorität war nur darin einig, dafs das Kirchengut als Nationaleigenthum behandelt werden müsse, über den Rechtsgrund dagegen konnte eine Einigkeit nicht erzielt werden, hier hatte jeder Redner vielmehr seine besondere Meinung. „Gerade „deshalb erhob die Nationalversammlung das, worin die meisten „Redner einverstanden waren, zum Beschlusse, indem sie aussprach, „dafs die Nation über alle Kirchengüter verfüge, allein einen Titel „oder auch nur ein Motiv zur Begründung dieses Decrets gab die „Nationalversammlung nicht an.“ [1]

Emmerling sowie der hessische Cassationshof legen Werth darauf, dafs es in dem Decret nicht heifse *sont mis à la disposition* oder *seront à la disposition*, sondern *sont à la disposition.* Hier sei doch klar ausgedrückt, dafs die Nation Eigenthümerin des Kirchengutes sei und es nicht erst zu werden brauche. Sie meinen: „mit der Fassung *„sont mis à la disposition de la nation“* „hätte man das directe Gegentheil von dem ausgedrückt, was die „Nationalversammlung durch ihren Beschlufs damals bekunden „wollte; mit Hinzufügung des *„mis“* würde man der Nation offen- „bar erst ein neues Eigenthumsrecht an den *biens ecclésiastiques* „geschaffen haben, während man umgekehrt Seitens der National- „versammlung den höchsten Werth darauf legte, dafs gesetzlich „anerkannt werde, die Nation habe von jeher das Eigenthum an „den *biens ecclésiastiques* besessen.“ [2] Darauf ist jedoch zu erwidern: [3]

---

[1] Hirschel, a. a. O. 12: „Sie sagte nicht, dafs sie die Berechtigung zu dieser Mafsregel aus dem Grundsatze der Nothwendigkeit, oder des öffentlichen Wohles, oder daraus herleite, dafs das Staatsgesetz, welches den kirchlichen Anstalten die Fähigkeit verliehen habe, Eigenthum zu besitzen, ebenso dieselbe ihnen auch wieder entziehen könne, oder dafs die Nation, als der einzig wahre Eigenthümer alles Vermögens überhaupt, natürlich auch solcher des kirchlichen sei“ (S. 12).

[2] Sammlung, 1859, S. 128. — [3] Vgl. auch Hirschel, 14 f.

1. Das Saecularisationsdecret hat gerade die Ueberschrift: *„Décret qui met les biens ecclésiastiques à la disposition de la nation."*
2. In dem Arrêté v. 9. Juni 1802 handelte es sich nach der Auffassung Emmerlings um „Uebertragung der wesentlichen „Normen und Grundsätze, die sich durch die Beschlüsse „der Nationalversammlung und des Convents in dieser Be„ziehung ergeben hätten." [1] Nun heiſst es aber hier im art. 2: *„tous les biens sont mis sous la main de la nation."*
3. Portalis sagt bezüglich unseres Decrets in seinem Vortrag bei der Vorlage des Germinalgesetzes: *„Les propriétés du clergé furent mises à la disposition de la nation."* [2]

Hirschel meint ferner ganz treffend: „Nun bezeichnen allerdings „die Worte: *tous les biens ecclésiastiques sont à la disposition de la „nation,* einen bestehenden, im Augenblicke daseienden Rechtszustand; „denn es wird die Gegenwart gebraucht. Allein darnach kann jener „Rechtszustand ebensowohl erst jetzt entstanden sein, als er auch „schon früher vorhanden gewesen und bis zu diesem Augenblicke „fortgedauert haben kann. Aus jenen Worten allein vermag man „mit Sicherheit weder auf das Eine noch auf das Andere zu „schlieſsen, jedes von Beiden ist möglich, und keines ist der Wort„bedeutung nach ausgeschlossen. Die Nationalversammlung konnte, „ja muſste, wenn sie das, worin alle Redner der Mehrheit einver„standen waren, sich aneignen wollte, so sprechen, wie sie es in „den angeführten Worten gethan." [3]

Der art. 13 des Concordates v. J. 1801 ferner, welches die Kirchen restituirte, enthält die Stipulation des Papstes, die Giltigkeit der Veräuſserung der saecularisirten Kirchengüter nicht anfechten zu wollen. Das zeigt doch ganz deutlich, daſs ein vorgängiges kirchliches Eigenthumsrecht an diesen Gütern dabei vorausgesetzt wurde.

Aber auch angenommen, die Nationalversammlung habe die Dispositionsbefugniſs der Nation auf einen vorhandenen Rechts-

---

[1] Sammlung, 112 f. Ebenso der Cassationshof, S. 165.

[2] *Discours, Rapports et Travaux inédits sur le Concordat de 1801, les Articles organiques etc. p. 1.*

[3] S. 13.

zustand basiren und nur ein Princip sanctioniren wollen, so entsteht doch die Frage: bestand denn nun dieser vermeintliche Rechtszustand in Wirklichkeit, oder lebte er blofs in der Einbildung? Wir halten es für durchaus überflüssig, die Unhaltbarkeit der Nationaleigenthumstheorie hier noch des Näheren zu beweisen. Dieselbe steht fest wie ein Axiom. Nach unserer früher gegebenen Darstellung macht nun eine blofs declarative gesetzgeberische Bestimmung über Eigenthumsträgerschaft eine materielle Prüfung zur Pflicht, und diese spricht hier gegen das Declarirte. Als Constitutivbestimmung aufgefafst, ist das Gesetz aber eben das, als welches es sich jedem Unbefangenen ankündigt, ein Saecularisationsgesetz.

b. Was den Kirchengutscharakter der *res sacrae* anlangt, so verneinen denselben Gräff,[1] Mooren,[2] Schulte,[3] sowie das (cassirte) Urtheil des grofsh. hessischen Obergerichts zu Mainz v. 8. Mai 1858. Gräff betont, dafs die Worte *tous les biens ecclésiastiques* nicht einmal „in ihrer weitesten Bedeutung die Kirchen in sich schlössen," dafs die „Metropolitan-, Kathedral- und Pfarrkirchen sohin unter den zu veräufsernden *biens ecclésiastiques* nicht mitverstanden seien.[4] Das Hauptargument ist jedoch dies, dafs mit der im Decret ausgesprochenen Fürsorge für den Cultus eine Saecularisation der Kirchen im Widerspruch stände, und dafs die nur durch die staatliche Nothlage geweckten Aneignungsgelüste vernünftiger Weise blofs auf die werbenden Güter hätten gerichtet sein können.[5] Diese Argumentation ist im hohen Grad bestechend, kann jedoch aus folgenden Gründen unseren Beifall nicht finden:[6]

---

[1] S. 43 ff. — [2] S. 31 ff. — [3] Jur. Persönlichkeit, 127.

[4] S. 44 f. — [5] Gräff, 44, 46 ff.

[6] Im Endergebnifs, wenn auch nicht immer in der Begründung, stimmen wir hier unter Andern überein mit den Urtheilen des Hessischen Cassationshofes v. 5. April 1853 und 28. Juni 1859, mit dem zu letzterem erstatteten Gutachten des Generalstaatsprocurators Emmerling und insbesondere mit Hirschel (Das Eigenthum der kath. Kirche, S. 19, 80 f., Archiv, 32, S. 27), Emmerlings heftigstem Gegner, welch ersterer S. 7, in Vertheidigung des Mainzer obergerichtlichen Urtheils v. 8. Mai 1859, inconsequenter Weise allerdings wiederum zugestand: „dafs durch das angerufene Decret (v. J. 1789) lediglich die nutzbaren Kirchengüter, d. h. die *bona ecclesiastica, biens ecclésiastiques* im engeren Sinne, der Verfügung der Nation überwiesen wurden."

1. Gräff hütet sich allerdings vor der üblichen Identification des Kirchenvermögens und der heiligen Sachen, aber er vergifst, dafs die *res sacrae* sehr wohl Kirchengut sein, d. h. im kirchlichen Eigenthum stehen können und meistens auch stehen. Soweit die französischen Kirchen also wirklich einen kirchlichen Eigenthumsträger hatten, mithin zu den *„biens ecclésiastiques“* zählten, was zu Ende des vorigen Jahrhunderts wie heute als Regel angesehen werden mufs, gingen dieselben in das Eigenthum des Staatsfiscus über, denn die Saecularisation erstreckte sich auf *„tous les biens ecclësiastiques,“* und wenn Gräff[1] mit Berufung auf das Decret v. 23. und 28. Octbr. bis 3. Novbr. 1790 (und weiter vom 7. bis 14. Octbr. 1790), wo die Nationalversammlung bestimmt, *„qu'elle entend par biens nationaux“,* den Umstand, dafs die *res sacrae* hier nicht des Besonderen erwähnt sind, für sich nutzbar machen will, so ist demgegenüber zu betonen, dafs die vornehmsten Theile der hier unter Nr. 1 *(l'assemblée ajourne tout ce qui concerne)* aufgeführten *„biens des fabriques“* die Kirchen sind, wie ja auch das Hospitalgebäude in erster Linie zum Stammvermögen der Hospitalstiftung gehört. Dafs unter den *biens ecclésiastiques* die Kirchen inbegriffen sind, geht am besten aus der Terminologie des später noch zu besprechenden Concordats vom J. 1801 hervor, welches einestheils die Rückgabe der „nicht verkauften Kirchen“ anordnet, anderntheils aber bezüglich der *„biens ecclésiastiques aliénés“* eine Eigenthumsstörung vermieden sehen will.

2. Die Kirchen stehen mit den kirchlichen Gefäfsen unter derselben rechtlichen Gesichtsweite: sie sind *res sacrae.* Nun führt aber Gräff selbst aus,[2] dafs durch das Decret v. 4. bis 14. Septbr. 1792 über alle Kirchengewänder der Kathedral-, Abtei-, Stifts- und Klosterkirchen verfügt wurde, in denen Gold und Silber eingewebt war, dafs schon vorher durch Decret v. 26. bis 29. August 1791 alle kupfernen und bronzenen Utensilien der „unterdrückten Pfarrkirchen“ den Münzstätten zur Prägung von Münzen übergeben worden sind, und dafs durch Decret v. 10. Septbr. 1792 die Beschlagnahme aller Mobilien und Utensilien in Gold und Silber, welche dem Cultus dienten, in sämmtlichen Kathedral-, Pfarr- und

[1] S. 56. — [2] S. 54.

Succursalkirchen verfügt wurde. Wir wollen freilich nicht verkennen, dafs die ursprüngliche Absicht der constituirenden Nationalversammlung nicht so weit ging: immerhin aber war ihr Streben darauf gerichtet, sich völlig freie Bahn zu schaffen. Jedes kirchliche Eigenthum wurde verneint, und alle *res publici iuris* wurden ausnahmslos *biens nationaux*. Die Nationalversammlung von 1789 trug der Vergangenheit allerdings insoweit Rechnung, als sie mit dem kirchlichen Eigenthum auch die Cultuspflichten übernahm: wenn also eine Zeitlang die Kirchen ihrem Zweck erhalten blieben, so folgt daraus nicht, dafs dieselben von der Saecularisation ausgeschlossen waren, sondern dafs sich der Staat der übernommenen Pflicht bewufst blieb. Das fiscalische Eigenthumsrecht erscheint den *res sacrae* gegenüber anfangs nur als latent, und die praktische Folge der neuen Gesetzgebung zeigte sich nur darin, dafs der Cultus nunmehr vom Staat ressortirte. Die den *res sacrae* gegenüber bestehende eigenthumsrechtliche Befugnifs des Staates *(à disposer)* führte dann zuerst zur willkürlichen Verminderung und später zur Einziehung.

3. Die spätere Gesetzgebung (Concordat und organische Artikel) giebt die Cultusgebäude der Kirche zurück. Wir werden uns damit noch ausführlicher zu beschäftigen haben und wollen hier nur hervorheben, dafs ein Zurückgeben ein Empfangenhaben zur Voraussetzung hat. Dieses haben insbesondere Gräff und Schulte völlig übersehen.[1] Allerdings waren infolge der neuen Pfarrcircumscriptionsgesetze vom August und November 1790 viele Kirchen supprimirt worden, und das Decret v. 6. bis 15. Mai 1791 hatte ihre Veräufserung angeordnet; auch infolge der Klostergesetze vom Februar, März und April 1790 fielen manche Kirchen den Nationaldomainen zu; aber von diesen Kirchen ist in der späteren Gesetz-

---

[1] So heifst es bei Schulte (Jur. Persönlichkeit) auf derselben Seite (130) nebeneinander: „Alle Metropolitan-, Kathedral- und Pfarrkirchen, die, wie die Geschichte lehrt, (?) niemals für Nationaleigenthum erklärt waren . . . .“ und „die Kirchen fielen ins Eigenthum der Kirche **zurück.**“ Ebenso läfst er das Novemberdecret v. 1789 sich nicht beziehen „auf die Wohngebäude der Beneficiaten“ (S. 127). Drei Seiten später aber heifst es: „Die Pfarrhäuser und Gärten wurden der Kirche eigenthümlich **zurückgegeben.**“

gebung gar nicht oder doch nur nebensächlich die Rede, da diese meistens verkauft waren, und in dem Concordat v. 1801 den Käufern der ruhige Besitz *(molestiam nullam habituros)* [1] vom Papst zugesagt war.

§ 80.

Die saecularisatorischen Decrete.

Auch die Constitution vom 14. September 1791 [2] wurde von Gräff mit Unrecht für seine Auffassung ausgebeutet. Er verlegt den Schwerpunkt in den ersten Theil — der freilich nur von den werbenden Fabrik- und Beneficialgütern spricht *(destinés aux dépenses du culte)* — und übersetzt die entscheidenden Worte des zweiten: „und zu jedem andern öffentlichen Dienste bestimmt sind.“ Beides ist verkehrt. Gräff wird doch nicht bezweifeln, daſs die Gebäude, folglich auch die Kirchen, nicht weniger zu den *biens (bona)* zählen, als Grundbesitz oder Mobilien. Sie gehören aber auch ohne Zweifel zu den Gütern, welche dem Gemeingebrauch dienen: alle diese Vermögensstücke sind aber, gleichgiltig, wie sich dieser Gemeingebrauch näher charakterisirt *(à tous services)*, in das Eigenthum der Nation gestellt. Die Zweitheilung der erwähnten September-Constitution erklärt sich durch die Unterscheidung der werbenden und nicht werbenden Güter. Bezüglich der ersteren wurde durch Decret vom 19. Aug. bis 1. Septbr. 1792 [3] der Verkauf angeordnet, die letzteren blieben noch ihrem öffentlichen Zweck erhalten, standen aber nichtsdestoweniger im Eigenthum des Staates.

Die Saecularisationsgesetzgebung blieb jedoch hierbei nicht stehen. Zunächst ordnete das Decret vom 3. Novbr. 1793 (Jahr 2 der Republik) in Ausübung des Gesetzes vom J. 1789 nun auch die wirkliche Aneignung des Kapitalvermögens der Kirchenfabriken

---

[1] Worte der Confirmationsbulle v. 14. Septbr. 1801.

[2] *„Les biens destinés aux dépenses du culte et à tous services d'utilité publique appartiennent à la nation et sont dans tous les temps à sa disposition.“*

[3] *„Les immeubles réels affectés aux fabriques des églises Cathédrales, paroissiales et succursales, à quelque titre et pour quelque destination ce puisse être, seront vendus dès-à présent, dans la même forme et sous les mêmes conditions, que les autres biens nationaux.“*

und kirchlichen Fundationen an, das bis dahin noch *aux frais du culte, à l'entretien de ses ministres et au soulagement des pauvres* auf das Staatsbudget einfach übergeschrieben worden war. Diese Verpflichtung wird staatlicherseits nicht mehr anerkannt, hatte doch schon das Decret v. 4. bis 14. Septbr. 1792 (tit. III. art. 3) verfügt, dafs dieselbe vom 1. Jan. 1793 an von den Bürgern der politischen oder kirchlichen Gemeinde zu übernehmen sei.[1] Somit sind es nur noch die Kirchen, welche ihrem Zwecke nicht durch ein Specialgesetz entfremdet wurden, welchen gegenüber also die staatliche Eigenthumsbeschränkung aufrecht erhalten blieb. Es ist dies auch vollständig erklärlich, wenn man bedenkt, dafs der Staat bis jetzt noch die Geistlichen besoldete, den Gemeinden den Unterhalt der Kirchen zur Pflicht machte und Bisthümer und Pfarreien fortbestehen liefs.

Das Jahr 1795 erst brachte hierin eine wesentliche Veränderung. Das Decret vom 21. Febr. 1795 bestimmte allerdings, dafs kein Cultus gestört werden dürfe, verordnete aber im Uebrigen art. 3: „*Elle (la République) ne fournit aucun l o c a l ni pour l'exercice du culte, ni pour le logement des ministres*"; auch den Gemeinden wurde verboten,[2] auf ihren Namen ein Local zu erwerben, und diesbezügliche Stiftungen oder Auflagen von Kirchensteuern wurden unmöglich gemacht.[3] Von dem Augenblick, wo der Staat die Verpflichtung, die saecularisirten Kirchen ihrer Zweckbestimmung zu belassen, nicht mehr anerkannte, war das Schicksal derselben besiegelt. Zwar brachte schon das Decret vom 30. Mai 1795[4] eine Milderung, indem es den Gemeindebürgern den freien Gebrauch der nicht veräufserten Kirchen einräumte; der n i c h t v e r ä u f s e r t e n werden es

---

[1] „*à compter du 1. Janvier 1793 les citoyens dans chaque municipalité ou paroisse aviseront eux mêmes aux moyens de pourvoir à toutes les dépenses du culte, auquel ils sont attachés, autres néanmoins que le traitement des ministres du culte catholique.*" Für die beiden vorangehenden Jahre wurden die Cultuskosten auf die Fonds der „*Caisse d'amortissement*" angewiesen (art. 1 u. 2).

[2] *art. 8.* „*Les Communes ou sections de Commune en nom collectif ne pourront acquérir ni louer de local pour l'exercice des cultes.*"

[3] *art. 9.* „*Il ne peut être formé aucune dotation perpétuelle ou viagère ni établi aucune taxe, pour en acquiter les dépenses.*"

[4] *art. 1.* „*Les citoyens des communes et sections de communes auront provisoirement le libre usage des édifices non aliénés destinés originairement à l'exercice d'un ou de plusieurs cultes et dont elles étaient en possession au premier*

aber verhältnifsmäfsig nur wenige gewesen sein, und die weitere Bestimmung, dafs diese Kirchen allen Bekenntnissen gemeinsam, und nicht blofs dem Cultus, sondern auch den politischen und gottesschänderischen Versammlungen dienen sollten, war ja doch nur die rückhaltlose Negirung der katholisch-kirchlichen Zweckbestimmung. Nachdem insbesondere die Kathedrale zu Unserer lieben Frau in Paris und später die Kirchen zu St. Eustache, St. Gervais u. a. der wahnsinnigen Greuelfeier der Vernunftgöttin dienen mufsten, waren dieselben für den katholischen Gottesdienst von selbst verschlossen. So ist also das fiscalische Eigenthumsrecht an den Kirchen nunmehr ein unbeschränktes geworden, und das *Arrêté* vom 28. Decbr. 1799 bestimmt, dafs die Ankäufer von kirchlichen Gebäuden in keiner Weise beunruhigt werden dürften.[1]

Thatsächlich ging, wie noch der Anfang des vorerwähnten Decrets zeigt, der Staat nicht so weit, dafs er alle Kirchen versilberte, durch die Gesetze aber war er dazu berechtigt. Auch noch in der Blüthezeit sittlicher Vergewaltigung zeigte sich die sittliche Scham nachhaltiger als die entartete Gesetzgebung. Unser Ergebnifs ist somit folgendes: Das Gesetz v. J. 1789 erklärt den Staat als Eigenthümer des gesammten Kirchenguts einschliefslich der im Kircheneigenthum befindlichen *res sacrae*. Bezüglich der *res sacrae* erkannte der Staat zwar noch gewisse Eigenthumsbeschränkungen an; diese schrumpfen aber immer mehr zusammen und werden schliefslich verneint. Nur in dieser Hinsicht ist die spätere Gesetzgebung materiellrechtlicher Art, im Uebrigen stellen sich die kirchenvermögensrechtlichen Decrete nur als Ausführungsbestimmungen des grundlegenden Saecularisationsgesetzes v. J. 1789 dar.

---

jour de l'an 2. Ils pourront s'en servir sous la surveillance des autorités constituées tant pour les assemblées ordonnées par la loi, que pour l'exercice de leurs cultes." *art. 4.* „*Lorsque les citoyens de la même commune ou section de commune exerceront des cultes différents ou prétendus tels, et qu'ils réclameront concurrement l'usage du même local, il leur sera commun.*"

[1] „*Les citoyens des communes, qui étaient en possession au premier jour de l'an II., d'édifices originairement destinés à l'exercice d'un culte, continueront à en user librement sous la surveillance des autorités constituées . . . pourvu et non autrement, que les dits édifices n'aient point été aliénés jusqu'à présent; auquel cas les acquéreurs ne pourront être troublés ni inquiétés, sous les peines de droit*" Hermens, I. 315.

b) Die Restitutionsgesetzgebung.

1. Gegen die Nationaleigenthumstheorie.

§ 81.

Das Concordat und die organischen Artikel.

Die Constitution v. 13. December 1799 stellte Napoleon nach ausgeführtem Staatsstreich als Consul mit zwei Collegen an die Spitze des Staates. Es blieb dem Staatsmann nicht verborgen, dafs eine Neuregelung der kirchlichen Verhältnisse unbedingt geboten sei. Im März des Jahres 1801 schickte er deshalb zur Verhandlung einen Gesandten nach Rom, nachdem er bereits nach der Schlacht bei Marengo (14. Juni 1800) Unterhandlungen mit dem Papst Pius VII. angeknüpft hatte. Am 20. Juni 1801 kam der Cardinal Consalvi als päpstlicher Bevollmächtigter nach Paris, und bereits am 15. Juli desselben Jahres wurde das Concordat unterzeichnet. Uns interessiren hier nur die kirchenvermögensrechtlichen Bestimmungen der Artikel 12 und 13:

art. 12: „*Toutes les églises métropolitaines, cathédrales, „paroissiales et autres non aliénées nécessaires „au culte seront remises à la disposition des „Evêques.*

art. 13: „*La Sainteté, pour le bien de la paix et l'heureux rétablisse- „ment de la Religion catholique, déclare que ni elle, ni ses „Successeurs ne troubleront en aucune manière les acquéreurs „des biens ecclésiastiques aliénés et qu'en conséquence la „propriété de ces mêmes biens, les droits et revenus y „attachés demeuront incommutables entre leurs mains ou „celles de leurs ayants-cause.*“

Diese Vereinbarung mag man immerhin auf Grund der päpstlichen Promulgirung als einseitiges Kirchengesetz auffassen; um auch Staatsgesetz zu werden, — worauf es hier allein ankam — mufste für diese Grundsätze die Zustimmung der mitberechtigten Körperschaften Frankreichs eingeholt werden, wozu die Mitwirkung Napoleons vertragsmäfsig (d. h. durch das Concordat) ausgesprochen war. In Ausführung dieses Versprechens errichtete Napoleon ein Cultus-

ministerium und berief durch Beschlufs vom 8. October 1801 den Staatsrath Portalis zu dieser Stelle. Der von diesem auf Grundlage des Concordats ausgearbeitete und vertheidigte Gesetzentwurf erhielt trotz aller Schwierigkeiten die Genehmigung des Tribunals und der gesetzgebenden Körperschaft, und wurde am 8. April 1802 (18. Germinal an 10) als *loi relative à l'Organisation des Cultes*, welchem das Concordat *(Convention entre le Gouvernement français et Sa Sainteté Pie VII.)* einverleibt war, publicirt. Die hier in Betracht kommenden Artikel 75, 76 u. 77 der sect. IV. *„des édifices destinés au culte"* lauten:

art. 75: *„Les édifices anciennement destinés au culte catholique „actuellement dans les mains de la nation, à raison d'un „édifice par cure et par succursale seront mis à la „disposition des Evêques par arrêtés du préfet du „département."*

art. 76: *„Il sera établi des fabriques pour veiller à l'entretien et „à la conservation des temples et à l'administration des „aumônes."*

art. 77: *„Dans les paroisses, où il n'y aura point d'édifice dispo- „nible pour le culte, l'Evêque se concertera avec le préfet „pour la désignation d'un édifice convenable."*

§ 82.

Interpretation der Restitutionsgesetze.

Bei der Erklärung der angeführten Artikel des Concordats und des Organisationsgesetzes liegt der Schwerpunkt in den Wendungen: *„seront remises (mis) à la dispositon des Evêques."*

Die Schriftsteller, gerichtlichen Erkenntnisse und amtlichen Verhandlungen, welche sich für das National- oder Communaleigenthum der Kirchen aussprechen, deuten diese Stelle ausnahmslos im Sinne einer blofsen Gebrauchsüberweisung, nicht als Eigenthumsübertragung.

Wir halten aber mit sämmtlichen Gegnern dieser Theorien eine solche Auffassung für irrig.[1]

---

[1] Insbesondere sind die Ausführungen von Maurer, S. 5 ff. und Hirschel, S. 24 ff. sehr beachtenswerth. Vgl. auch Gräff, 79 ff.

Was zunächst *remettre* anlangt, so läfst dies darauf schliefsen, dafs es die Absicht des Gesetzgebers war, einen früheren Zustand wieder herzustellen, und es liegt nahe, in dem *être à la disposition des Evêques* diesen früheren Rechtszustand zu erblicken. So ist es denn auch. Zwischen dem *„sont à la disposition de la nation“* des Saecularisationsgesetzes und dem *remettre (mettre) à la disp. des Evêques* der Restitutionsgesetzgebung ist, wie schon der sprachliche Ausdruck zeigt, ein organischer Zusammenhang. Die letztere hebt das erstere auf und setzt in den früheren Stand wieder ein. Bedeutet *la disposition des Evêques* nur ein kirchliches Gebrauchsrecht, so wäre dies auch bezüglich der *disposition de la nation* anzunehmen, und wir kämen dann zu dem eigenthümlichen, übrigens nirgends befürworteten Schlufs, das Revolutionsgesetz v. 1789 habe nicht das Eigenthum, sondern nur den Gebrauch verweltlicht. Sieht man aber unter der durch das Saecularisationsgesetz gewollten Dipositionsgewalt der Nation ein weltliches Eigenthum verborgen, was gewifs richtig ist, dann zwingt die Logik dazu, auch in der *disposition des Evêques* ein kirchliches Eigenthum begründet zu sehen. Der Ausdruck *„disposition“* ist in dem späteren Gesetz mit ersichtlicher Beziehung auf das erstere gewählt, er mufs daher übereinstimmend gedeutet werden.[1]

[1] Aehnlich auch Maurer, S. 7. Der rheinische Appellhof in seinem allerdings cassirten Urtheil v. 16. November 1859 und das Grofsh. Obergericht zu Mainz im Urtheil v. 8. Mai 1858. Dagegen Emmerling (Gutachten in Sammlung 1859, S. 127): „Wie überaus scharfsinnig dieser Schlufs von einem Gesetz von 1789 auf ein solches von 1801 an und für sich auch sein mag, so dürfte ihm zu einem innern Werthe doch noch gar Vieles abgehen. Vor Allem constirt nirgends, dafs man sich bei dem Concordat vom Jahr 1801 gerade die Worte des Decrets von 1789 vergegenwärtigt hatte, und dafs man im Art. 12 des Concordates die dort gebrauchten Worte gerade darum wählte, um damit eine Verbindung mit der Verfügung des Decretes von 1789 anzudeuten.“ Nach der glänzenden Replik Hirschels S. 29 ff. (vgl. auch Archiv, 32, S. 27) ist es jedoch unnöthig, über die Unrichtigkeit dieser Auffassung noch ein weiteres Wort zu verlieren. Nicht blofs die äufsere Fassung läfst eine Bezugnahme des Restitutionsgesetzes auf das Saecularisationsdecret erkennen, sondern die derogatorische Absicht des ersteren machte eine Rückbeziehung auf das letztere geradezu nothwendig. — Uebrigens kommt Emmerling infolge seiner eigenthümlichen Auffassung von der Bedeutung des Novemberdecrets v. 1789 noch zu einem

Der Philolog wird vielleicht einwenden, dieses Causalitätsverkältnifs sei doch nur vorhanden, wenn dem *remettre* des Concordats ein *mettre* des Saecularisationsgesetzes entspräche. Wir haben jedoch schon S. 340 die gedankliche Identität von *sont* und *sont mis à la disposition de la nation* erwiesen. *Remettre* kann nur mit Rücksicht auf ein vorangegangenes *mettre* gebraucht sein; finden wir nun an der betreffenden Stelle nicht *sont mis,* sondern ein einfaches *sont,* so unterliegt es keinem Zweifel, dafs diese Ausdrücke dasselbe besagen. Auch abgesehen hiervon, gehört gewifs eine grofse Künstelei dazu, *sont* im Eigenthumssinn zu deuten und *sont mis* als Gebrauchsüberweisung zu begreifen. Uebrigens stellt es der von Portalis im *Corps législatif* zur Begründung des von ihm vorgelegten Gesetzentwurfs gehaltene Vortrag[1] aufser allen Zweifel, dafs das *sont à la disposition* des Saecularisationsgesetzes dasselbe bedeutet, als wenn es *sont mis* geheifsen hätte. Dieser bespricht den Entwicklungsgang der Frage folgendermafsen: *„le clergé — possédait de grands biens — Cet ordre de choses a disparu avec la révolution — les propriétés du clergé furent mises à la disposition de la nation.“* Dafs schliefslich im Concordat *remis*, im Germinalgesetz aber *mis* gewählt ist, hat wohl darin seinen Grund, dafs die Nation das Genommene zurückgiebt, der Präfect aber in Ausführung des staatlichen Vorhabens die Kirchen ausliefert. Wir halten also mit Maurer[2] den Art. 75 des Restitutionsgesetzes

---

andern Irrthum. Ausgehend von dem Satz, dafs das Kirchengut nicht erst durch das Saecularisationsgesetz Eigenthum der Nation geworden, sondern dies schon vorher gewesen sei, meint er: „Sobald durch letzteren Beschlufs nichts Neues geschaffen, sondern nur von jeher Bestandenes principiell anerkannt sein sollte, kann sich das *„remises“* im Concordate unmöglich auf das Eigenthum an den Kirchen, vielmehr nur auf den Gebrauch, auf die Benutzung derselben, der allerdings der katholischen Kirche vor der Revolution freigestanden hatte, durch die Revolution aber allmählich gänzlich unterbrochen worden war, beziehen lassen.“ — Da sollte man doch aber meinen, das im Novemberdecret ausgesprochene nationale Dispositionsrecht sei ein nutzungsrechtliches, und doch soll in *„disposition“* wiederum das Princip vom nationalen Eigenthum sanctionirt sein. Im Uebrigen fällt mit der Voraussetzung die ganze Schlufsfolgerung.

[1] Abgedruckt bei Dupin, *Manuel du droit public ecclésiastique français,* p. 161 u. 178. Vgl. auch Maurer, 9.

[2] S. 10.

nicht für eine einfache Wiederholung des Art. 12 des Concordats, als vielmehr für „die ganz consequente Entwicklung desselben für den Vollzug.“ [1] Der Papst hatte im art. 13 des Concordats zugegeben, dafs das Eigenthum der Käufer und Rechtsnachfolger an den gekauften Kirchen nicht mehr angefochten werden solle, und in der auch von der französischen Regierung verkündigten Ratificationsurkunde, [2] worin er der Christenheit Rechenschaft gab, beklagte er, dafs nicht alle Kirchen zurückgegeben wurden und er insbesondere das Eigenthum einer besondern Klasse von Erwerbern in Berücksichtigung der Nothlage habe anerkennen müssen. Aus diesem Zusammenhang geht hervor, dafs es auch die Ansicht des Papstes war, die nach art. 12 des Concordats angeordnete Rückgabe an die Kirche erfolge zu Eigen. Portalis giebt denn auch als Zweck der *„intervention du pape“* an: *„pour consolider et affermir la propriété des biens ecclésiastiques.“* [3]

Unser Resultat ist somit folgendes: Die Saecularisationsgesetzgebung v. 1789 hat die Kirchen mit dem gesammten Kirchengut in ihren Eigenthumsverhältnissen verweltlicht, die Restitutionsgesetzgebung des Jahres 1802 dagegen hat dieses Unrecht wieder gut zu machen gesucht, die saecularisirten Cultusgebäude, soweit sie für den Gottesdienst nothwendig waren, — insbesondere für

---

[1] Ebenso Hirschel, S. 69 f.: „Die letzteren kündigen sich also selbst an als diejenigen gesetzlichen Bestimmungen, welche die nähere Durchführung und Angabe, die Organisation der Punkte bezwecken, die in der Convention nur dem Grundsatze nach in aller Kürze ausgesprochen war.“ — Das *mis* des Germinalgesetzes setzt eben das *remis* des Concordats voraus, und es wird hier nur bestimmt, wie diese Uebergabe, welche ihrer Natur nach eine Zurückgabe ist, erfolgen solle. Damit widerlegt sich die Bemerkung Emmerlings (Sammlung 1859, S. 219), aus der Wendung *„seront mis* (nicht *remis*)“ des art. 75 der *art. organ.* gehe „doch mindestens soviel hervor, dafs man gesetzgeberischerseits unmöglich auf die Wahl des Ausdrucks *remettre* einen besondern Werth gelegt haben kann, dafs man also auch unmöglich damit einen Gegensatz zu demjenigen, was durch das Decret von 1789 gesetzlich sanctionirt worden war, hat ausdrücken wollen.“

[2] Abgedruckt in *Deseune, Code général français, vol. X. p. 452.*

[3] *Discours, p. 51.* Die Stipulation des art. 13 findet sich übrigens wieder in dem art. 16 des Italienischen Concordats v. 16. Septbr. 1803, dem art. 13 des Neapolitanischen v. 9. März 1818 sowie dem art. 42 des Spanischen v. 16. März 1851.

jede Pfarrei und Succursale eine Kirche — zu restituiren versprochen und so die Kircheneigenthumsqualität derselben wieder aufleben lassen.

Selbstverständlich begründen wir mit dem *„remis à la disposition des Evêques“* kein bischöfliches Eigenthum, wie dies insbesondere Gräff,[1] *per lapsum,* wie es scheint, einmal auch Maurer[2] thut. Gerade deshalb, weil „zu einer Uebertragung des Eigenthums auf die Bischöfe selbst durchaus kein Grund vorlag,“ hat ja das grofsh. hessische Oberappellations- und Cassationsgericht am 5. April 1853[3] und in augenscheinlicher Anlehnung an dasselbe der rheinische Cassationshof durch Urtheil v. 23. Januar 1855,[4] später noch einmal der hessische Cassationshof im Urtheil vom 28. Juni 1859[5] und Emmerling in seinem Gutachten[6] in der fraglichen Wendung „nur ein bestimmtes Benutzungsrecht“ erkennen zu müssen geglaubt. Wir haben oben bereits darauf hingewiesen, dafs in dem *„sont à la disposition de la nation“* nicht ohne Weiteres ein Eigenthum der Nation ausgesprochen, dafs damit vielmehr nur ein unbeschränktes Verfügungsrecht derselben eingeräumt sei, welches sich nur von der Basis eines staatlichen Eigenthums aus begreife und sich so erst folgeweise als Nationaleigenthum darstelle. Ganz so ist es mit dem *„remis à la disposition des Evêques,* bestellt. Die hier zurückgegebene bischöfliche Dispositionsgewalt über die *res sacrae* erscheint weder als bischöfliches Eigenthums- noch Nutzungsrecht, sondern als eine öffentlich-rechtliche Befugnifs, welche sich nur von der Annahme eines kirchlichen, gleichgiltig, welchem kirchlichen Rechtsträger zustehenden Eigenthums begreift. Denn die ordentliche und regelmäfsige und volle im Kirchenrecht näher bestimmte bischöfliche Verfügungsgewalt über die Kirchen erscheint stets nur als Ausflufs eines kirchlichen Eigenthums.

---

[1] Vgl. oben, S. 331. — [2] S. 7.

[3] Abgedruckt in der Sammlung der Entsch. des Grofs. Hess. Cassationshofes, Jahrgang 1853, S. 47.

[4] Abgedruckt im Archiv f. d. Civil- u. Criminalr. der Kgl. Pr. Rheinprovinz, 50, S. 69.

[5] Sammlung der Entsch. des Grofsh. Hess. Cassationshofes, 1859, S. 150, 151, 153.

[6] Sammlung (ebend.), S. 114.

Nur so erklären sich die eigenthumsrechtlichen Befugnisse des Bischofs, wie sie sich insbesondere in der Veräufserungsbefugnifs und Procefslegitimirung zeigen. Man sehe ferner beispielsweise nur c. 1 X. III. 13:

„Non licet episcopo vel abbati terram unius ecclesiae vertere „ad aliam, quamvis ambae in eius sint potestate: tamen, si „commutare voluerit terras earum, cum consensu am- „barum partium faciat."

Das *ius commutandi* ist doch nur der Ausflufs eines Eigenthumsrechts, das durch den Eigenthümer oder seinen Stellvertreter ausgeübt wird. Wen vertritt aber der Bischof sonst als die Kirche! Dafs die ordentliche Dispositionsbefugnifs des Bischofs *in rebus sacris* auf dem kirchlichen Eigenthumstitel beruht, sieht man auch daran, dafs dieselbe bezüglich der im Privateigenthum befindlichen heiligen Sachen nicht besteht, sondern hier in ein unbestimmt gehaltenes Aufsichtsrecht ausläuft.

An und für sich ist mit *„disposition"* weder ein Eigenthums- noch ein Gebrauchsrecht, sondern nur eine Befugnifs ganz allgemein ausgedrückt, die Art derselben mufs sich aus dem Zusammenhang ergeben. Dieser Gedanke ist mit besonderem Geschick bei Hirschel entwickelt.[1] *Disposition* in Verbindung mit *remettre* und *évêques* kann schlechterdings nur die Neubelebung der altkirchlichen Eigenthumsverhältnisse bedeuten.

Wenn dem Emmerling in seinem Gutachten[2] den art. 1 des *arrêté* v. 22. Januar 1800[3] entgegenhält, so ist dieser nur eine Bestätigung für das Gesagte. Denn die hier zurückgegebene Dispositionsbefugnifs der Bürger ist keineswegs eigenthumsrechtlicher Art, sondern geht ausschliefslich auf *„l'exercice des cultes,"* und das *arrêté v. 7. nivôse* (28. Decbr. 1799), auf welches Bezug genommen wird, bezeichnet dieselbe durch das *„en user librement"*[4] sowie das

[1] Das Eigenthum an den kath. Kirchen, S. 31—39, 43, 47, 71. Sodann Archiv, 32, S. 25 f., 27.

[2] Sammlung, 1859, S. 99.

[3] *„Les édifices remis par l'arrêté du 7 nivôse, à la disposition des citoyens pour l'exercice des cultes, et qui, antérieurement à l'époque de cet arrêté, servaient à la célébration, comme à celle des cérémonies des cultes."*

[4] *„Les citoyens des communes qui étaient en possession au premier jour de l'an 2 d'édifices originairement destinés à l'exercice d'un culte, continueront*

Gesetz v. 11. *prairial III* (30. Mai 1795) durch das *„libre usage“*[1] auf das Unzweideutigste als ein Gebrauchsrecht. Der art. 2 des letzterwähnten Gesetzes läſst darüber vollends keinen Zweifel: *„Ces édifices seront à l'usage des dits citoyens dans l'état où ils se trouvent.“* *Remettre à la disposition* und *être à l'usage* sind hier also identische Begriffe. Aber muſs deshalb im Germinalgesetz das in einer ganz anderen Verbindung vorkommende *disposition* dasselbe bedeuten? Der Generalstaatsprocurator Emmerling wirft Maurer vor, daſs er ohne Grund den Ausdruck *disposition* im art. 12 des Concordates in demselben Sinn gebrauche, welchen es im Decret v. 1789 habe; wir denken: den hier gerügten Fehler einer unberechtigten Gleichsetzung desselben *terminus* hat nicht Maurer, sondern Emmerling begangen.

Daſs schlieſslich im Saecularisations- wie Restitutionsgesetz nur von Disposition und nicht von Eigenthum gesprochen wird, hat seinen guten Grund. Der Gesetzgeber formulirt keine allgemeinen Principien, sondern die aus diesen Principien hervorgehenden praktischen Folgen. Deshalb ist auch in den kirchlichen Rechtsquellen so selten die Rede vom kirchlichen Eigenthum, viel öfter dagegen von der bischöflichen Dispositionsbefugniſs. Die französische Gesetzgebung nahm diese Formulirungen einfach herüber, und so dürfen wir das *„seront remis à la disposition des Evêques“* sehr wohl im Sinn des kirchlichen Eigenthumsrechts deuten.

§ 83.

Das Arrêté v. J. 1802.

Das seit dem Herbst 1794 von den französischen Heeren eroberte Ländergebiet links des Rheines wurde bis 1800 von Abgeordneten der französischen Regierung, welche unter dem Namen

---

à en user librement sous la surveillance des autorités constituées, et aux termes des lois des 11 prairial III et 7 vendémiaire IV.“

[1] *art. 1.: „Les citoyens des communes et sections de communes auront provisoirement le libre usage des édifices non aliénés destinés originairement à l'exercice d'un ou de plusieurs cultes, et dont elles étaient en possession au premier jour de l'an 2. Ils pourront s'en servir sous la surveillance des autorités constituées tant pour les assemblées ordonnées par la loi que pour l'exercice de leurs cultes.“*

Volksrepräsentanten und Gouvernements-Commissarien die Heere begleiteten, verwaltet. Die französischen Gesetze, soweit sie hier eingeführt werden sollten, wurden für die Rheinlande durch diese besonders promulgirt. Dies ist bezüglich der Saecularisationsgesetze sowie der ausführenden Decrete niemals geschehen. Was insbesondere die kirchenvermögensrechtlichen Neuerungen betrifft, so begnügte man sich damit, das Kirchengut theilweise zu sequestriren, um dasselbe dem Staatsfiscus für die Zukunft sicher zu stellen und nachtheilige Veräufserungen zu verhüten; aber auch hiervon blieben die Kirchengebäude unberührt.

Das Germinalgesetz mit dem Concordat wurde dagegen durch Reglement v. 4. Mai 1802 in den vier rheinischen Departements promulgirt; die dort mafsgebenden Voraussetzungen trafen aber hier zum grofsen Theil nicht zu, und es bedurfte daher eines transitorischen Gesetzes, welches einestheils die durch die französische Culturkampf-Gesetzgebung geschaffenen kirchlichen Beschränkungen auf die Rheinlande ausdehnte und anderntheils dieselben an den durch die Reaction herbeigeführten Milderungen participiren liefs. Diese Aufgabe stellte sich das *Arrêté* vom 9. Juni 1802. Die für uns bedeutsamen Artikel sind:

art. 1: *„Les ordres monastiques, les congrégations régulières, les titres et établissements ecclésiastiques autres que les évêchés, les cures, les chapitres cathédraux et les séminaires établis ou à établir conformément à la loi du 18 Germinal dernier sont supprimés.“*

art. 2: *„Tous les biens de quelque espèce qu'ils soient, appartenant tant aux ordres, congrégations, titres et établissements supprimés qu'aux évêchés, cures, chapitres cathédraux et séminaires dont la loi du 18 Germinal dernier ordonne ou permet l'établissement, sont mis sous la main de la nation.“*

art. 11: *„Conformément à la loi du Germinal dernier sont laissés à la disposition des évêques, curés et prêtres desservans, les presbytères et jardins y attenans, les édifices où s'exerce le culte catholique, les maisons épiscopales et jardins y attenans, les maisons canoniales des chapitres cathédraux et les bâtimens servant aux séminaires dans les communes où la loi du 18 Germinal dernier établit des évêchés.“*

§ 84.

Interpretation des Arrêté.

Wir haben hier dieselben Gegner wie bei der Interpretation des Germinalgesetzes, auf welches sich das Arrêté allüberall bezieht.

Auf den ersten Blick zeigt sich ein Gegensatz zwischen dem art. 2 und 11; ersterer stellt *„tous les biens ecclésiastiques“* unter die Hand der Nation, letzterer spricht von der Disposition der Bischöfe. Wir brauchen wohl nicht noch einmal darauf hinzuweisen, dafs unter der ersteren Bezeichnung nur ein National-[1] und unter der zweiten nur ein Kircheneigenthum verstanden werden kann. Ein Gegensatz besteht thatsächlich, er erklärt sich aber unter dem Gesichtspunkt von Regel und Ausnahme.[2]

Die Kirchengüter im Allgemeinen werden Eigenthum des Domänefiscus (art. 2), davon werden aber neben den Pfarrwohnungen mit Gärten, bischöflichen Wohnungen mit Gärten, Canonicats- und Seminargebäuden insbesondere die Kirchengebäude *(les édifices où s'exerce le culte catholique)* ausgenommen, deren Eigenthum dem seitherigen kirchlichen Rechtsträger verbleibt *(sont laissés)*.

Der art. 1 und 2 macht keine Schwierigkeit. Der Saecularisationsgedanke verlangte, dafs (wie in Frankreich) Orden und Congregationen, Pfründen und kirchliche Anstalten ganz aufgehoben wurden, dagegen Bisthümer, Pfarreien, Kathedralcapitel und Semi-

---

[1] Vgl. den oben angeführten art. 75 des Germinalgesetzes: *„Les édifices anciennement destinés au culte catholique, actuellement dans les mains de la nation .. seront mis à la disp. des Evêques.“* Ferner art. 13 des Concordats: *„la propriété de ces mêmes biens, les droits et revenus y attachés demeuront incommutables entre leurs mains.“* Art. 1 des Decrets v. 17. März 1809 (Hermens, II. 408): *„sont rentrés dans la main du domaine.“* — Regnier will, wie auch Mooren (Eigenthum der Kirchhöfe 47), in dem art. 2 nur eine *saisie,* einen Sequester oder eine Beschlagnahme angeordnet sehen, ist aber von Maurer (S. 20 und besonders 35 ff.) widerlegt worden. Das dort Gesagte deckt sich vollständig mit unserer Ansicht.

[2] So auch Gräff, das Eigenthum der kath. Kirche, 94 ff. und das Eigenthum der Kirchhöfe, 34 f. Maurer, S. 21 f. Ferner Regnier und das Urtheil des Landgerichts zu Coblenz v. 9. Decbr. 1851 (Archiv f. d. Civil- u. Criminalrecht 49, S. 3). Das Urtheil des Mainzer Obergerichts v. 25. März 1852 und 8. Mai 1858. Hirschel, S. 92 ff. 106 und Archiv 32, S. 18 ff., 21 ff.

nare als die wichtigsten und nothwendigsten Kircheninstitute bestehen blieben, ihr Vermögen aber in der Hauptsache fiscalisches Eigenthum werde. In letzter Hinsicht bestimmt der art. 7:

> *L'administration de tous les biens mentionnés dans l'art. 2 est confiée, dès ce moment, à la dite régie des domaines nationaux, et tous leurs produits seront versés dans sa caisse. En conséquence le ministre des finances désignera un des administrateurs de la régie et du domaine national, pour se transporter sur les lieux et y prendre toutes les mesures propres à assurer la conservation et la bonne administration des biens réunis au domaine national par le présent arrêté.*

Die Schlufsworte *(par le présent arrêté)* sind gleichzeitig ein Belag dafür, dafs, worauf wir oben schon hinwiesen, bis zum Juni 1802 eine Saecularisation noch nicht stattgefunden hatte.

Es wäre nicht verständlich, wenn die Regierung, welche doch in Frankreich durch das Restitutionsgesetz die früher saecularisirten Kirchen gerade erst zurückgegeben hatte, in Verleugnung dieses Princips in den occupirten Provinzen die Kirchen den Staatsdomainen einverleibt hätte. Man stellte sich vielmehr auch hier auf den Standpunkt des Germinalgesetzes *(conformément à la loi du 18 Germinal dernier)*; da aber in den Rheinlanden keine Kirchen weggenommen waren, konnten auch keine zurückerstattet werden, und man mufste sich daher damit begnügen, den bestehenden kirchlichen Besitzstand zu garantiren: *„sont laissés à la disposition des évêques etc.“*

Vernunft und Mäfsigung machten sich sogar schon so weit geltend, dafs man die Gebäude der Canoniker und Seminare, die Wohnungen und Gärten der Bischöfe und Pfarrer hierin den Kirchen gleichstellte. Der Staat hätte aus denselben ja doch keinen Nutzen ziehen können, vielmehr würden dieselben der Kirche zur zweckmäfsigen Bethätigung ihrer auch staatlich geschützten Aufgabe doch wieder zur Benutzung überwiesen worden sein, wie der Staat ja auch die Besoldung der Geistlichen wieder als seine Aufgabe betrachtete.

Es unterliegt also keinem Zweifel, dafs in den Rheinlanden bezüglich der Kirchen eine Störung des Besitzstandes nicht statt-

gefunden hat. Das bezeugen insbesondere die Worte: „*sont laissés*“ und die dem art. 11 angereihte Schlufsbestimmung:

„*Néanmoins* (nicht: daher, wie es bei der Annahme „des Nationaleigenthums heifsen müfste, — sondern: trotz„dem, nichtsdestoweniger) *il y sera fait inventaire de* „*tous les objets composant le mobilier des églises, dont les* „*curés et les supérieurs ecclésiastiques* **demeureront** *responsables.*“

Man kann nicht sagen: die Kirchen sind blofs dem kirchlichen Gebrauch belassen, dagegen *quoad dominium* mit den Staatsdomänen vereinigt worden. Denn die erste Vereinigung der Kirchengüter mit dem Fiscus geschah in den Rheinlanden eben „*par le présent arrêté,*“ sie beschränkt sich aber nach dem art. 7 auf die „*biens mentionnés dans l'art. 2.*“ Die Kirchen sind somit nicht blofs ausdrücklich durch art. 11, sondern auch folgeweise durch die Anordnung einer von den *biens nationaux* abweichenden kirchlichen Verwaltung als kirchliches Eigenthum anerkannt.

Man sieht: Germinalgesetz und Arrêté beruhen auf einer durchaus einheitlichen Grundlage, und die Berufung des letzteren auf das erste ist keine Phrase. Immerhin aber besteht nach den beiden Gesetzen ein verschiedener Rechtszustand. Das Germinalgesetz verspricht die Rückgabe der Kirchen *(seront mis à la disposition des Evêques par arrêtés du préfet du département).* Infolgedessen hat hier die Kirche einen blofsen Forderungsanspruch, und dieser wird des Weiteren dadurch bedingt, dafs die betreffende Kirche zum Gottesdienst nothwendig ist. Das Concordat hält sich in dieser Richtung noch allgemein *(cultui necessaria, nécessaires au culte);* das Germinalgesetz dagegen ist schon bestimmter: *à raison d'un édifice par cure et par succursale.* Ganz anders steht es in den rheinischen Gebietstheilen: hier sind die Kirchen von vornherein ihrem kirchlichen Eigenthümer geblieben und höchstens vereinzelt und vorübergehend ihrem gottesdienstlichen Gebrauch entzogen worden; das Recht der Kirche ist daher hier dinglicher Natur, war immer vorhanden und bezieht sich auf alle gottesdienstlichen Gebäude.[1]

---

[1] Dies wird vielfach vergessen. So wurde die Trierer Seminarkirche (dafs auch die Seminarkirchen unter dem art. 11 inbegriffen sind, werden wir alsbald

Eine Streitfrage kann es sein, ob in dem art. 11 auch die Klosterkirchen inbegriffen sind. Man könnte sagen: als Zubehör des Klosters theilen sie das im art. 1 ausgesprochene Schicksal desselben; es läfst sich aber dagegen einwenden, dafs im art. 11 die *„édifices où s'exerce le culte catholique"* ohne jegliche Unterscheidung von der Saecularisation ausgenommen werden. Unsere Ansicht ist die, dafs die Klosterkirchen mit den Klöstern Eigenthum des Domänenfiscus geworden sind.[1] Der art. 11 deutet durch die Wendung *„à la disposition des Evêques, curés et prêtres"* (Bischöfe, Pfarrer, Hilfspfarrer) genügend an, dafs hier nicht die der klösterlichen Beschaulichkeit, sondern nur die der praktischen Seelsorge gewidmeten Kirchen gemeint sind. Die Klöster wurden als Ganzes, mithin auch die zugehörigen Kirchen, saecularisirt: wollte das der Gesetzgeber nicht, so mufste er im art. 1 oder 11 die Klosterkirchen ausdrücklich ausnehmen resp. anführen. Die Berufung auf das Germinalgesetz im art. 11 stellt es ferner aufser allen Zweifel, dafs es nur die Absicht des Gesetzgebers war, die zur Ausübung der öffentlichen Seelsorge bestimmten Kirchen, wenn auch nicht gerade in der Beschränkung auf *„un édifice par cure et par succursale"*, ihrer Bestimmung und ihrem Eigenthümer zu erhalten.

---

sehen) am 25. Febr. 1819 durch eine königl. Cabinetsordre dem evangelischen Gottesdienste überwiesen mit der Begründung: „Ich bin darüber gar nicht zweifelhaft, dafs nach bestehenden Gesetzen und nach dem vom vormaligen Kaiser von Frankreich mit dem Papst abgeschlossenen Concordat von Seite des Staats über diese Kirche rechtlich frei verfügt werden kann, weil nach dem Concordat nur diejenigen Kirchen haben zurückgegeben werden sollen und zurückgegeben sind, welche das Bedürfnifs des gottesdienstlichen Gebrauchs erfordert hat." Die Interpretation des Concordats und Germinalgesetzes ist ganz richtig; der Fehler liegt aber darin, dafs für die Rheinlande primär das Arrêté Rechtsquelle ist, und dies kennt die Beschränkungen des Concordates nicht. Derselbe Fehler wurde in derselben Angelegenheit von Seiten des kgl. preufs. Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten in dem (bei Gräff, 161 ff. abgedruckten) „Gutachten" v. 30. Jan. 1853 begangen.

[1] Dieser Ansicht ist offenbar auch Gräff, S. 98: „In diesem Territorium sind sämmtliche Kirchen mit alleiniger Ausnahme derjenigen, welche als Zubehör der aufgehobenen kirchlichen Anstalten ihre Bestimmung verloren haben, dem vormaligen Eigenthümer, der katholischen Kirche, verblieben." Ebenso Hirschel, 107 und Archiv 32, S. 21. Es ginge jedenfalls zu weit, wollte man aus einer gelegentlichen Bemerkung Maurers S. 23 schliefsen, dafs er hier anderer Ansicht wäre.

Mag die rheinische Gesetzgebung immerhin hier eine gröfsere Liberalität bekunden: so weit dürfen wir gewifs nicht gehen, dafs wir auch die Klosterkirchen unter die *laissés* aufnehmen. Dieser Ausdruck wäre bezüglich der Klosterkirchen auch gar nicht zulässig gewesen, denn die Saecularisation der Klöster war zum grofsen Theil factisch schon geschehen, als im Arrêté ihre gesetzliche Zulässigkeit ausgesprochen wurde: man hätte somit nicht *laisser*, sondern *remettre* oder *rendre* sagen müssen, abgesehen davon, dafs von einer Eigenthumsbelassung beim Wegfall des Trägers nicht gesprochen werden kann.

Anders denken wir bezüglich der Seminarkirchen. Der Art. 1 verfügt, dafs die Seminare bestehen bleiben, resp. in Gemäfsheit des Germinalgesetzes neu errichtet werden. Wir haben also hier den alten Rechtsträger, dessen *„bâtimens“* im art. 11 der Eigenthumsschutz ausdrücklich gewährleistet wird. Mögen wir die Seminarkirchen selbst zu den *„bâtimens servant aux séminaires“* zählen, oder jene nur als Zubehör von diesen ansehen: auf jeden Fall sind die Seminarkirchen in den Rheinlanden nicht saecularisirt, sondern höchstens vorübergehend factisch ihrer specifischen Bestimmung entfremdet worden. So wurde die Seminarkirche in Trier, nachdem ihre Güter bei der Ankunft der Franzosen am 9. August 1794 unter Sequester gestellt waren, zur Abhaltung von republikanischen Festen benutzt, worauf die Geistlichkeit den Gottesdienst darin einstellte. Durch Beschlufs des Präfecten v. 19. Septbr. 1802 wurde dem Bischof Carl Manney die Kirche jedoch wieder zum ausschliefslich gottesdienstlichen Gebrauch zur Verfügung gestellt: aus dem kirchlichen Eigenthum war sie unseres Erachtens nie herausgetreten.

2. Gegen die Communaleigenthumstheorie.

§ 85.

Die Argumente der Communaleigenthumstheorie.

Die Gründe, womit das Eigenthum der Civilgemeinden an den Kirchen gestützt wird, sind im Wesentlichen folgende: [1]

---

[1] Diese Partie ist von Gräff, 113—129 sehr gut behandelt.

1. Die katholische Kirche hat beim Abschlufs des Concordats und bei der Promulgation des Germinalgesetzes die juristische Persönlichkeit noch nicht besessen; die Errichtung der Kirchenfabriken wurde erst in Aussicht gestellt, ein Rechtsträger war also noch nicht da.[1] Folglich konnten die zurückgegebenen Kirchen nur Eigenthum der Civilgemeinden werden.

2. Bezüglich der Kirchen ist den Gemeinden nach art. 77 des Germinalgesetzes die Beschaffung der Kirchen und nach dem Decret v. 30. Decbr. 1809 auch die Tragung der Kosten der Hauptreparaturen zur Pflicht gemacht.[2] Da diese aber nach art. 605 des *Code* der Eigenthümer zu tragen hat, so ist in den erwähnten Gesetzen die Gemeindeeigenthumstheorie bestimmend gewesen.

3. Nach dem Decret v. 17. März 1809 ist, falls der Verkauf einer supprimirten Pfarrkirche Mangels Zahlung des Kaufpreises von

---

[1] So insbesondere das Urtheil des hessischen Cassationshofes v. 5. April 1853: „da bezüglich der Kirche aber noch keine moralische Person bestand, auf welche das Eigenthum hätte übertragen werden können." (Sammlung 1853, S. 59.) Ebenso das rheinische Cassationsurtheil v. 23. Jan. 1855: „Dafs die Kirchen den moralischen Personen kirchlicher Gemeinschaften zum Eigenthum damals gar nicht überwiesen werden konnten, weil solche moralische Personen noch gar nicht existirten, indem nur durch den art. 76 die Errichtung von Kirchenfabriken und zwar nur zu dem Zweck der Ueberwachung und Conservation der Kirchen in Aussicht gestellt war." (Archiv f. d. Civilr., Bd. 50 Abth. 2 S. 74.) Ebenso Emmerling in seinem Gutachten (Sammlung, 1859, S. 123) und damit das Urtheil des hessischen Cassationshofes v. 28. Juni 1859 (Sammlung, S. 151). So schon das Staatsrathsgutachten v. 3. Novbr. 1836 (abgedruckt bei Gräff, 158 ff.): *„que cet abandon a eu lieu au profit des communes; que cet abandon ne pouvait avoir lieu au profit des fabriques, puis qu'elles n'existaient pas, lorsque la loi du 18 germ. an 10 a été rendue et qu'elles n'ont commencé à être dotées que par l'arrêté du 7 therm. an 11.*

[2] Das war insbesondere die Beweisführung des franz. Finanzministers zum Staatsrathsgutachten v. 22. Januar 1805. Vgl. darüber Gräff, 126 f., Maurer 40 und Hirschel, 125. Ebenso argumentirte das rhein. Cassationsurtheil v. 23. Jan. 1855. Desgl. der hessische Cassationshof (Urtheil v. 5. April 1853 u. 28. Juni 1859). So heifst es insbesondere in letzterem: „nach jenem Principe, nach welchem man Unterhaltungspflicht und Eigenthum als sich correspondirend angesehen, habe, sobald der Staat den Gemeinden die Unterhaltung der Pfarrkirchen und Pfarrhäuser aufgelegt habe, auch das Eigenthum als den Letztern und nicht mehr als dem Staate zustehend betrachtet werden müssen." (Sammlung der Entsch. 1859, S. 157). So noch einmal in dem Urtheil v. 26. Mai 1873.

Seiten des Käufers rückgängig wird, eine zu zahlende Entschädigung an die politische Gemeinde zu entrichten, mithin diese als Rechtsnachfolger des Fiscus und Eigenthümerin der Kirche anzusehen.

4. Die Hauptstütze ist das Staatsrathsgutachten v. 24. Decbr. 1804, 22.—26. Januar 1805 u. 3. November 1836, sowie das Circular v. 23. Juni 1838 und 27. April 1839. Das erste Staatsrathsgutachten bestimmt:

„que les bâtiments, maisons et emplacements nécessaires au service „public de la commune, qui sont employés comme tels, sans être loués ou „affermés pour produire une rente, comme les hôtels de ville, les prisons, „les presbytères, les églises rendues au culte, les halles, les boucheries . . „ne peuvent cesser d'appartenir ***aux communes.****“*

Das zweite Staatsrathsgutachten lautet:

„Le conseil d'Etat, qui d'après le renvoi fait par sa majesté l'empe- „reur a entendu les rapports des sections de l'intérieur et des finances, „tendant à faire décider par sa Majesté impériale la question de savoir, si „les communes sont devenues propriétaires des églises et pres- „bytères, qui leur ont été abandonnés en exécution de la loi du 18 Ger- „minal an X.“

„Est d'avis que les dits églises et presbytères doivent être „considérés comme ***propriétés communales.****“* [1]

Das dritte Staatsrathsgutachten beantwortet die Frage, ob die Pfarrwohnungen ***„aux communes ou aux fabriques“*** gehören, zu Gunsten der ersteren. Dieses sowie die folgenden Circulare sind nur Reproductionen der früheren Staatsrathsgutachten.

Kritik dieser Argumente.

§ 86.

Die Fabrikbedenken.

Die Communaleigenthumstheorie geht wie die Nationaleigenthumstheorie von der Auffassung aus, dafs die vor dem Concordat liegende Revolutionsgesetzgebung das Nationaleigenthum der Kirchen

---

[1] Sirey, Recueil V. 2 p. 165. Hermens, II. 315.

verfügt habe.[1] Wir haben aber gesehen, dafs dies nur für Frankreich, nicht aber für die rheinischen Gebietstheile zutrifft. Damit ist denn die Communaleigenthumstheorie, soweit sie diese Länder betrifft, bereits als unhaltbar erwiesen: von einer staatlichen Schenkung oder Eigenthumsübertragung an die Gemeinden kann hier schon deshalb keine Rede sein, weil der Staat nicht Eigenthümer war.

Wo ist nun gar ein solcher Uebertragungsact — auch für Frankreich — zu entdecken? Das ist doch die Cardinalfrage! Die Lösung wird nun auf folgende Weise versucht: weil Kirchenfabriken bei Erlafs des Germinalgesetzes noch nicht bestanden (denn der art. 76 sagt: *il sera établi des fabriques),* kann die im art. 75 ausgesprochene Eigenthumsübertragung nur an die örtliche Gemeinde gerichtet gewesen sein (sic). Warum aber nun gerade nothwendiger Weise an die Civilgemeinde, und nicht etwa an die Kirchengemeinde, welche auch in Frankreich wesentlich verschiedene Rechtssubjecte sind und waren![2] Vor allem aber müfste man, soll denn im Germinalgesetz eine staatliche Eigenthumsentäufserung enthalten sein, eine Uebertragung an die physische Person des Bischofs befürworten *(seront mis à la disposition des Evêques);* Mangels des Persönlichkeitscharakters der Kirche wäre dieser Salmann der juristische Eigenthümer gewesen, wie wir es oben für die amerikanische Kirche erwiesen haben. Warum gerade die mit keinem Wort erwähnte Civilgemeinde durch das Germinalgesetz das Eigenthum an den Kirchen erlangt haben soll, ist absolut nicht einzusehen.

Ist es aber wirklich wahr, dafs der kath. Kirche resp. ihren Instituten bei Erlafs des Germinalgesetzes der Persönlichkeitscharakter fehlte? Unsere Gegner halten die Verneinung dieser Frage für so selbstverständlich, dafs sie dafür gar keinen Beweis antreten.

---

[1] Weniger häufig wird die Ansicht vertheidigt, dafs schon früher die Gemeinden Kircheneigenthümer gewesen (sei es schon vor der Revolution oder durch die Revolutionsgesetzgebung), und dafs erst infolge des Gesetzes v. 24. Aug. 1793 mit dem übrigen Gemeindeeigenthum auch die Kirchen den Nationaldomänen überwiesen worden seien. So beispielsweise der franz. Cultusminister zum Staatsrathsgutachten v. 22. Januar 1805. Vgl. Gräff, 126.

[2] Vgl. Gräff, S. 33 ff.

Den Zeitpunkt der Wiedererstehung der Rechtspersönlichkeit giebt man in etwa an, indem man im Art. 76 ein diesbezügliches Versprechen erblickt, die wirkliche Erneuerung der kirchlichen Privatrechtsfähigkeit also nach dem 8. April 1802 beginnen läfst. Aber wann soll sie verloren gegangen sein? Schon durch das Saecularisationsgesetz oder erst infolge der Abschaffung des Cultus? Wir werden hierüber, wie schon Maurer betont,[1] im Dunklen gelassen, irren aber wohl nicht, wenn wir annehmen, dafs man bereits das Gesetz v. J. 1789 hierfür als Rechtsquelle ansieht.

Wir wollen unsere im Einzelnen abweichende Ansicht hier nicht des Nähern begründen, sondern sofort auf das Beweisthema eingehen, dafs bei dem Erlafs des Germinalgesetzes die Kirchenfabriken trotz der Zukunftsphrase *(sera établi)* rechtlich bereits als vorhanden zu betrachten sind.

Der art. 76 giebt als Zweck des *„il sera établi des fabriques“* an: *„pour veiller à l'entretien et à la conservation des temples, à l'administration des aumônes.“* Man sieht also: es handelt sich nicht um die beabsichtigte Errichtung der Kirchenfabrik als eines Rechtssubjects, sondern um die Einsetzung eines Fabrikraths als Verwaltungsbehörde der entweder bereits wirklich vorhandenen oder doch als vorhanden gedachten Fabrikgüter *(„temples“* und *„aumônes“)*. So besteht zwischen den art. 75 und 76 der engste Zusammenhang. Der erstere verspricht die Rückgabe der Kirchen *à la disposition des Evêques*, d. h. an ihren früheren kirchlichen Eigenthümer, also die Kirchenfabrik; und der letztere stellt die Neuregelung der diesbezüglichen Verwaltung in Aussicht. Dafs das erste Versprechen erfüllt wurde, sieht man daran, dafs die thatsächliche Einrichtung einer Fabrikverwaltung durch das Decret v. 30. Decbr. 1809 (Kirchenfabrikdecret) angeordnet wurde. Der organische Zusammenhang dieses Decrets mit dem art. 76 des Germinalgesetzes drückt sich gleich im ersten Artikel aus:

„Les fabriques, dont l'art. 76 de la loi du 18 Germinal an X „a ordonné l'établissement, sont chargées de veiller à l'entretien et à „la conservation des temples; d'administrer les aumônes et les biens, rentes „et perceptions autorisées par les lois et réglemens, les sommes supplémen-

---

[1] S. 11[2].

„taires fournies par les communes, et généralement tous les fonds qui sont „affectés à l'exercice du culte; enfin, d'assurer cet exercice et le maintien de „sa dignité dans les églises auxquelles elles sont attachées, soit en réglant „les dépenses qui y sont nécessaires, soit en assurant les moyens d'y pourvoir."

Was hier und im art. 37 *„fabrique"* genannt ist, heifst im art. 12 *„conseil"* und im art. 72 *„conseil de fabrique"*. Gleichzeitig spricht aber auch der art. 37 N. 4 von den *„revenus de la fabrique"* und ähnlich der art. 46 von *„la recette et la dépense de l'église"*, und zwar ist dies, wie art. 80 andeutet, im Sinne der *„propriété des biens"* zu verstehen. Man sieht hier die Doppelbedeutung von *„fabrique"* ganz deutlich. Portalis hat dieselbe sehr treffend mit den Worten *„fabrique intérieure"* und *„véritable fabrique"* bezeichnet.[1] Seine Definitionen sind scharf und charakterisiren den wirklichen Rechtszustand aufs Treffendste:

„Les fabriques intérieures sont celles, qui sont établies par l'art. „76 de la loi du 18 Germinal an X. D'après cette loi, elles existent pour „veiller à l'entretien et à la conservation des temples, à l'administration des „aumônes . . . Cet ordre des choses prescrit par sa Majesté elle-même, existe „depuis la première exécution du Concordat."

„Les véritables fabriques, les fabriques proprement dites, celles, „qui ont ***existé dans tous les temps et qui datent d'aussi „loin, que les églises mêmes,*** *sont celles, qui sont près les églises, „dont la loi du 12 Germinal an X a ordonné l'établissement, et qui ont „été organisées dans le moment même, où les paroisses l'ont été."*[2]

Von diesen *fabriques proprement dites* erklärt dann Portalis bereits in seinem Bericht an den Kaiser v. 14. März 1806:

„Les fabriques sont des établissements particuliers distincts des communes, des établissements qui ont une existence propre et séparée." Von diesen nur sagt Gaudry:[3] *„Les fabriques étaient et sont encore propriétaires de leurs biens à un titre aussi complet, que les individus"*,

---

[1] Eine andere von Hirschel gegebene Unterscheidung von *„fabriques extérieures"* und *„fabriques intérieures,"* S. 63, 84, 144, hat hiermit nichts zu thun, scheint im Uebrigen aber auch nicht ganz unbedenklich zu sein.

[2] l. c. p. 411, 413. Vergleiche über diese Unterscheidung auch Bauerband. Archiv, 17, S. 105.

[3] *Traité de la législation des cultes, tom. III. n. 1288.*

und nochmals p. 493: „*Les immeubles de la fabrique lui appartiennent en pleine propriété.*“

Die Revolutionsgesetzgebung hat zwar die Einziehung der Fabrikgüter verfügt, aber nicht daran gedacht, die Rechtspersönlichkeit der Fabriken selbst zu vernichten.[1] Dafs aber gar das letztere mit dem ersten identisch sei, haben wir bereits oben als irrig erwiesen: denn nicht das Vermögen, sondern der von der Kirche abgezweigte Stiftungswille ist Träger des kirchlichen Localanstaltsganzen. Dieser Träger hat, auch nach dem Urtheil des Staatsraths Portalis, mit der Kirche, in welcher er sich verewigte, wenn auch in erwerbsrechtlichen Fesseln, fortgelebt „*tous les temps*“; und die Bedeutung des Germinalgesetzes beruht darin, dafs es die Privatrechtspersönlichkeit der Fabrik, welche bis dahin gewissermafsen gebunden war, wieder frei machte. Doch mag man immerhin hierüber anders denken: so viel ist klar, dafs der art. 75 mit der Ankündigung eines Fabrikraths, weitentfernt, den Bestand der Kirchenfabriken in Frage zu stellen, denselben aufs Bestimmteste voraussetzt. In dem Fabrikdecret schliefslich ist allüberall von dem Eigenthum der Kirchenfabrik, nie aber von demjenigen der Civilgemeinden, die Rede, wie auch schon das Arrêté v. 26. Juli 1803 (art. 1 u. 2) sowie das Decret v. 31. Juli 1806 (art. 1) nur „*biens de fabrique*“ kennt.

Auch das Decret v. 30. Mai 1806 verfügte, dafs zurückgegebene Kirchen und Güter mit Einschlufs der Gebäude und Güter supprimirter Kirchen, welche einer Kirchenfabrik überwiesen sind, von dieser Fabrik zum Besten ihrer Kirche verkauft, vertauscht und vermiethet werden können.

Aus all dem zieht nun das rheinische Cassationsurtheil vom 23. Januar 1855 den Schlufs,

> „dafs hieraus zwar hervorgeht, dafs den Kirchenfabriken
> „die supprimirten Kirchen und Kirchengüter als veräufserliches Vermögen überwiesen und ihnen die Fähigkeit, Eigenthum zu erwerben, beigelegt wurde,

[1] Hiermit steht im Zusammenhang, dafs das Decret v. 14. u. 20.—22. April 1790 (Hermens, I. 156 ff.) § 8 die Verwaltung der „*fabriques*“ der Staatsbehörde vorenthält und den „*ecclésiastiques*“ beläfst.

„daraus sich jedoch kein Schlufs auf die Rückgewähr des „Eigenthums der früher säcularisirten und nur zum kirch- „lichen Gebrauche eingeräumten Kirchengebäude ziehen läfst."

Das kann doch nur heifsen: „Die 1802 noch nicht gegebene Rechtsfähigkeit der Kirche wird 1806 resp. 1803 dadurch begründet, dafs der Staat derselben wirklich Eigenthum überweist. Dem liegt aber der bedenkliche Irrthum zu Grund, dafs die Rechtsfähigkeit in der Wirklichkeit und nicht in der Möglichkeit des Erwerbs bestehe. Wenn 1803 resp. 1806 (also immerhin vor dem Fabrikdecret) den Kirchenfabriken wirklich Eigenthum übertragen wurde, so mufs die Eigenthumsfähigkeit doch damals bereits vorhanden gewesen sein. Und welche Ironie: die Kirche wird Person, indem man ihr nutzbare Güter übertrug; ein Jahr früher soll ihr an den leeren Kirchengebäuden, die ihr zudem ganz unentbehrlich sind, kein Eigenthum zustehen, weil ihr die Persönlichkeit mangelt!!

Man vergifst hierbei aber auch ganz den art. 73 des Germinalgesetzes:

„Les fondations qui ont pour objet l'entretien des ministres „et l'exercice du culte, ne pourront consister qu'en rentes constituées „sur l'état: elles seront acceptées par l'évêque dio- „césain."

Hiernach können Fundationen vom Bischof, dem Träger der Kirchengewalt, angenommen werden. Für wen? „Für wen sonst," sagt Maurer,[1] „wenn nicht in dem betreffenden örtlichen Bereich für die Kirche! in welcher, für welche ein Bischof allein vorhanden sein kann." Ist aber so die Möglichkeit kirchlicher Fonds durch das Gesetz begründet, so hat die Leugnung des kirchlichen Persönlichkeitscharakters keine Berechtigung mehr.

Was hilft uns aber schliefslich die Ausflucht: das Germinalgesetz begründe nur ein kirchliches Gebrauchs,- aber kein Eigenthumsrecht! Wir denken: wo kein Rechtssubject existirt, da kann man weder von dem einen noch von dem andern sprechen. „Wer überhaupt keiner Rechte fähig ist, vermag auch nicht eines „zu erwerben, ein persönliches so wenig, wie ein dingliches, ein

---

[1] S. 17.

„beschränktes so wenig, wie ein nach Object und Befugnifs um-„fassenderes.“ [1]

Wir würden somit zu dem Resultat kommen: Das *(re)mettre à la disposition des Evêques* involvirt nur ein persönliches civilistisches Gebrauchsrecht der Bischöfe. Das wäre aber ein so offenkundiger Unsinn, dafs nicht zu erwarten ist, es werde dafür jemals ein Jurist eintreten.

§ 87.

Die Gemeinde-Pflichten und Rechte.

1. Der art. 77 des Germinalgesetzes bestimmt:

„Dans les paroisses où il n'y aura point d'édifice disponible pour „le culte, l'Evêque se concertera avec le préfet pour la désignation „d'un édifice convenable.“

Hier ist zunächst keine Pflicht der Gemeinde zur Beschaffung einer Kirche ausgesprochen, und die empfohlene Berathung zwischen Bischof und Präfecten hat nach Ausweis des Consularbeschlusses vom 26. Februar 1803 [2] nur den Zweck, die bequemste Weise zur Aufbringung der Kosten zu ermitteln. Das kann durch eine Collecte, durch Steuerauflage u. s. w. geschehen; der Schlufs aber auch, dafs eine aus Gemeindemitteln erworbene Kirche Gemeindeeigenthum sei, ist ebenso falsch, als die Ansicht Hirschels, dafs, „selbst wenn Private Kirchen für sich erbauten und dotirten, dieselben, sobald sie consecrirt sind, wie auch das zu ihrem Unterhalte ausgesetzte Gut in das Kirchenvermögen“ übergehe; [3] es ist vielmehr in jedem einzelnen Fall die (wohl regelmäfsig auf Constituirung eines kirchlichen Eigenthums gerichtete) Absicht der Contrahenten zu ermitteln. Uebrigens würde die gegnerische Argumentation doch nur auf die neu beschafften, keineswegs aber auf die bereits vorhandenen Kirchen passen.

2. Das Fabrikdecret macht im art. 92 den *„communes“* zur Pflicht, *„de fournir aux grosses réparations des édifices consacrés au*

---

[1] Maurer, S. 19. Ebenso Hirschel, S. 60.

[2] Hermens, III. 45.

[3] Das Eigenthum an den kath. Kirchen, S. 33.

culte," und bestimmt eventuell, *„que ces réparations soient payées sur les revenus communaux."* Wenn nun der *Code* im art. 605 auch bestimmt:

„les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire," so darf man doch nicht umgekehrt sagen: Wer die Hauptreparaturen zu machen hat, ist stets auch Eigenthümer; dies würde vielmehr gegen einen Fundamentalsatz der Logik verstoſsen. Wenn in der Regel die Hauptreparaturen auch dem Eigenthümer obliegen, so ist damit doch nicht gesagt, daſs sie immer und ausschlieſslich von demselben zu betreiben sind.[1] Nicht bloſs contractlich können hier Besonderheiten bestehen, sondern auch die Gesetzgebung kann eigenthümlichen Verhältnissen Rechnung tragend besondere Bestimmungen treffen. So bildet die Unterhaltungspflicht des Patrons ein Correlat zu seinen kirchlichen Vorrechten, ist aber kein Zeichen seines Eigenthums. Die canonische Bau- und Reparationspflicht der Zehntberechtigten und Bepfründeten[2] gilt als Entgelt für die aus dem Kirchenvermögen gezogenen Nutzungen, und die gleiche Pflicht der Parochianen begründet der fromme Sinn damit, daſs es billig sei, für die empfangenen geistigen Güter zeitlichen Besitz im Bedürfniſsfalle herzugeben. (1. Corinth. 9, 11.) Nicht minder kann die weltliche Gesetzgebung aus einem erschöpfenden, allgemeinen, gottesdienstlichen Gebrauchsrecht im confessionsgleichen Gebiet, besonders angesichts der Armuth des ausgeplünderten Eigenthümers, sehr wohl den Impuls gewinnen, eine gemeindliche Unterhaltungspflicht auszusprechen, ohne daſs dadurch auch ein Gemeindeeigenthum anerkannt wird. So sprechen denn auch die Motive zum preuſsischen Kirchenvermögensverwaltungsgesetz (S. 38) von „Kapellen, welche eine vermögensrechtliche Selbstständigkeit haben" und doch „lediglich von den zu ihnen gehörenden Gemeinden unterhalten werden."

---

[1] Schon der art. 605 statuirt eine Ausnahme.

[2] *c. 27 C. XII. q. 2; c. 1 u. 4 X. 3, 48, Conc. Trid. Sessio XXI. c. 7 de reform;* demgemäſs bestimmte denn auch das Edict v. April 1695, art. 21: *„Les ecclésiastiques qui jouissent des dixmes, dépendant des Bénéfices dont ils sont pourvus et subsidiairement ceux qui possèdent des dixmes inféodées, seront tenus de réparer et entretenir en bon état le Choeur des Eglises paroissiales, dans l'étendue des quelles ils lèvent les dites dixmes, et d'y fournir les Calices, Ornements et Livres nécessaires, si les revenus des fabriques ne suffissent pas pour cet effet."*

Uebrigens zeigt der art. 99 des Fabrikdecrets,[1] daſs im letzten Grunde nicht die Gemeinde, sondern die Fabrik für die Unterhaltung aufzukommen hat, welcher beispielsweise das Gesetz vom 14. Februar 1800 art. 2 gestattet, im Fall des Unvermögens eine Umlage zu veranstalten, nöthigen Falles auch eine Anleihe zu machen. Es darf auch nicht vergessen werden, daſs nach art. 1 des Fabrikdecrets selbst alle durch die Commune aufgebrachten Beiträge nur supplementären Charakters sind:

„*les sommes supplémentaires fournies par les communes.*“

Die gemeindliche Unterhaltungspflicht ist kein Ausfluſs des communalen Eigenthums, sonst müſste sie schlechthin bestehen, also eine absolute sein. Dagegen spricht aber auch insbesondere der art. 46, welcher die Titel des Ausgabe-Etats der Kirchenfabrik zusammenstellt und dann fortfährt:

„*La portion de revenus qui restera après cette dépense acquittée,*
„*servira au traitement des vicaires légitimement établis; et l'excédant s'il y en a, sera affecté aux grosses réparations*
„*des édifices affectés au service du culte.*“

Als daher bezüglich eines von der Kirchenfabrik gekauften und in deren unbestrittenem Eigenthum stehenden Pfarrhauses eine Gemeinde unter Hinweis auf das kirchliche Eigenthum ihren Beitrag verweigerte, erklärte der Staatsrath durch den vom Staatsoberhaupt genehmigten Beschluſs v. 24. Aug. 1849 die Gemeinde zur Leistung des Beitrags für schuldig, weil das Fabrikdecret die Gemeinden unbedingt verpflichte. Gräff bemerkt hierzu richtig: „Es wurde somit anerkannt, daſs das Eigenthum nicht der Grund jener Verpflichtung der politischen Gemeinden sei.“[2]

Ganz besonders spricht aber der art. 106 des Fabrikdecrets für unsere Ansicht:

„*Les départements compris dans un diocèse sont tenus envers*
„*la fabrique de la cathédrale aux mêmes obligations, que les communes envers leurs fabriques*
„*paroissiales.*“

---

[1] „*Si les revenus communaux sont insuffisans, le conseil délibérera sur les moyens de subvenir à cette dépense, selon les règles prescrites par la loi.*“

[2] S. 120. Ebenso Hirschel, 118 ff., 144.

Nach obigem Grundsatze müfsten also auch die doch nur Verwaltungsbezirke bildenden Departements als Eigenthümer der bischöflichen Kathedralen, oder, da im Jahre 1823 jene Verpflichtung vom Staat übernommen wurde,[1] nunmehr wieder der Staat als Eigenthümer angesehen werden. Das Eigenthum wäre somit nur der Spielball einer grofsmüthigen Laune.

Was aber ferner die in Communalformen gehaltene Fabrikverwaltung anlangt, welche insbesondere der Finanzminister Gaudin ausspielte,[2] so hat bereits dessen College Portalis das Richtige geantwortet: *„Les biens dont il s'agit ici, doivent être administrés selon les formes communales;* ***mais ces biens ne sont point à la commune*** *. . . on avait choisi cette forme comme la plus sûre et la plus regulière; mais elle ne pouvait pas dénaturer l'objet de leur établissement.“*[3]

Wir werden übrigens noch darauf hinzuweisen haben, dafs der Begriff *„commune“* keineswegs klar ist: Kirchen- und Civilgemeinde werden wie identische Wesen gleichmäfsig damit bezeichnet.

Portalis sagte z. B. in seinem Bericht an den Kaiser:

> *„L'application de ces principes aux dépenses que les com-*
> *„munes sont obligées de faire pour la construction et l'entretien*
> *„des églises et presbytères est évidente par elle même, car la loi*
> *„du 18 germinal an X conforme à toutes les anciennes*
> *„lois soumet expressément les communes à fournir ces sortes*
> *„d'édifices.“*[4]

Nun bestimmt aber das in erster Linie hier in Betracht kommende Edict v. April 1695, art. 22.

> *„Seront tenus pareillement les habitans des dites Paroisses*
> *„d'entretenir et de réparer la Nef des Eglises et la clôture des*
> *„Cimetières, et de fournir aux Curés un logement convenable.“*

Ebenso normirt das Fabrikdecret im art. 49 die Unterhaltungsbeiträge, *„qui devront être demandés aux paroissiens, pour y pourvoir, ainsi qu'il est règle dans le chapitre IV.“* Dieses Kapitel handelt aber nur von den *„charges des communes“*, welchen beispielsweise im art. 92 N. 3 die Pflicht *„de fournir aux grosses réparations“* auf-

---

[1] Dursy, I. 122.
[2] Vgl. darüber Hirschel, 122.
[3] *Discours, 412.* — [4] *Discours, 419.*

erlegt wird. Diese *„commune“* tritt im art. 100 wieder als *„paroisse“* auf.

Die lediglich aus der Wendung *„commune“* für die civilgemeindliche Eigenthumstheorie gezogenen Schlüsse sind daher von vornherein bedenklicher Art.

3. Schon das *arrêté* v. 26. Juli 1803 und in modificirter Form wiederum das Decret v. 31. Juli 1806 hatte die Rückgabe der *„biens des fabriques non aliénés“* sowie der *„biens de fabrique des églises supprimées“* an bestehende Fabriken verfügt, und das Decret vom 17. März 1809[1] liefs diese Bestimmung auch auf jene Kirchen Anwendung finden, welche nach ihrem durch den Staat bewirkten Verkauf wegen Lösung des Kaufcontracts wieder staatliches Eigenthum geworden waren.[2] Hierbei bestimmte jedoch das Decret im art. 2, dafs eine vom Käufer zu zahlende Entschädigung für hinweggenommenes Material an die politische Gemeinde zu zahlen sei.[3] Wenn man aber daraus auf ein diesbezügliches Eigenthum der Commune geschlossen hat, so ist das irrig. Wir legen keinen Werth darauf, dafs Giraud in der Verhandlung der Advocatenkammer zu Paris[4] die Lesart *„de la commune“* für eine Fälschung erklärte,[5] die an Stelle von *„des fabriques“* getreten sei — das ist uns zu wenig verbürgt; sondern wir halten es nur für eine billige Consequenz, dafs die reparaturpflichtige Gemeinde auch die Entschädigung für entwendetes Material empfängt. Uebrigens ist die Eigenthumsträgerschaft der Kirchenfabrik dadurch vollauf anerkannt, dafs die Rückzahlung des etwa gezahlten Kaufpreises *„sera à la charge de la paroisse à laquelle l'église et le presbytère seront rendus.“* Damit ist die Rechtsnachfolgerschaft der Kirchenfabrik in das Eigenthum des Domänenfiscus aufser alle Frage gestellt.

---

[1] Bei Hermens, II, 407 sq.

[2] *„Les dispositions des articles ci-dessus, de la loi du 18 germinal an X, sont applicables aux églises et aux presbytères qui, ayant été aliénés, sont rentrés dans la main du domaine par cause de déchéance.“*

[3] *„Dans le cas où les acquéreurs dechus auraient commis les dégradations par l'enlèrement de quelques materiaux, ils seront tenus de verser la valeur de ces dégradations dans la caisse de la commune.“*

[4] Conferenz v. 7.—14. April 1853. Abgedruckt bei Gräff, Anlage, S. 181 bis 192.

[5] a. a. O. S. 190.

§ 88.
Die Staatsrathsgutachten.

Hirschel sagt ganz richtig: „Die Ansicht, dafs an den infolge „des Gesetzes vom 18. Germinal X zurückgegebenen Kirchen und „Pfarrhäusern nebst Zugehörungen das Eigenthum den bürgerlichen „Gemeinden, den kirchlichen Gemeinden, den Pfarreien aber nur ein „Benutzungsrecht an denselben eingeräumt worden sei, fand und „findet noch immer ihre Entstehung und eigentlich auch „ihre einzige Begründung in den beiden angeführten „Staatsrathsgutachten.“[1] Wir haben uns daher eingehend mit denselben zu beschäftigen.

I. Das Augustdecret v. J. 1793 verfügte die Aufnahme der Gemeindeschulden in den *„grand livre pour inscrire et consolider la dette publique“*, bestimmte aber auch demgemäfs, dafs zur Tilgung der Staatsschulden die Gemeindegüter herangezogen würden *„excepté les biens communaux, dont le partage est décrété, et les objets destinés pour les établissements publics.“* Die über die Tragweite dieses Artikels alsbald entstandenen Zweifel suchte das Staatsrathsgutachten v. 24. Decbr. 1804 zu beseitigen, indem es insbesondere in N. 2 und 3 die *établissements* namentlich aufführte, welche Gemeindeeigenthum bleiben sollten, wobei uns nur die Bestimmung interessirt:

> *„les églises rendues au culte ... ne peuvent cesser d'appartenir aux communes.“*

Wir haben hier das erste und unzweideutige Zeugnifs für das Gemeindeeigenthum an Kirchen, welches man jedoch nicht auf einen bestimmten Gesetzesparagraphen stützt, sondern gleichsam aus dem eigenen Innern schöpft. Dadurch verliert schon das Gutachten erheblich an Bedeutung; was aber das Wichtigste ist: dasselbe hat nie die Bestätigung des Staatsoberhauptes erhalten und ist niemals Gesetz geworden. So erscheint dasselbe als eine allerdings beachtenswerthe Aeufserung einer höchsten Behörde, welche nicht schon durch ihren Formalbestand, sondern nur insofern von Bedeutung ist, als sie wirklich materielle Wahrheit enthält. Der Staatsrath schafft kein materielles Recht,

[1] Das Eigenthum an den kath. Kirchen, S. 110.

sondern erklärt dasselbe blofs: „*Le conseil d'état développe le sens des lois, sur le renvoi qui lui est fait par les consuls, des questions qui leur ont été présentées.*“ [1] Jede Interpretation hat sich jedoch vor dem Richterstuhle der Wahrheit zu verantworten, sonst ist sie keine Auslegung mehr, sondern Gesetzgebung. Eine Legalinterpretation erfordert aber Publication wie das Gesetz selbst. Das Staatsrathsgutachten v. 23. Decbr. 1804 ist mehr ein Zeugnifs für die einseitige Richtung, welche die Kirchenvermögensfrage zu Anfang des 19. Jahrhunderts in der Wissenschaft genommen, als die Erscheinungsweise eines wirklich bestehenden Rechtszustandes.

II. Das zweite Staatsrathsgutachten v. 22. Januar 1805 ist sowohl rücksichtlich seiner Veranlassung als seiner Fassung noch viel wichtiger. Dem Staatsrath war vom Kaiser die Frage vorgelegt worden: „*si les communes sont devenues propriétaires des églises et* „*presbytères, qui leur ont été abandonnés en exécution de la loi du* „*18 Germinal an X.*“ Der *conseil d'Etat* hörte die „*rapports des sections de l'intérieur et des finances*“ und sprach dann seine Ansicht dahin aus, „*que les dits églises et presbytères doivent être considérés comme propriétés communales.*“

Dieses Staatsrathsgutachten hat dem ersteren gegenüber den Vorzug, dafs es sich als Interpretation einer ganz bestimmten Gesetzesstelle offenbart. Dasselbe geht von der Unterstellung aus, dafs „in Ausführung des Germinalgesetzes“ den Gemeinden Kirchen überlassen worden seien *(qui leur ont été abandonnés)*, und das Gutachten präcisirt dies nunmehr als Eigenthumsübertragung. [2] Hierbei ist jedoch zu bemerken:

---

[1] *Règlement sur l'organisation du Conseil d'état du 5 nivôse VIII* (26. Decbr. 1799) art. 11.

[2] Mooren (S. 55) meint: „Strengen Rechtsgelehrten wird dieser Ausdruck »betrachtet werden sollen«, dessen der Staatsrath sich bedient. nicht genügen, um darin eine förmliche Uebertragung des Eigenthums zu sehen. Sie werden das Gesetz ein pragmatisches, ein den Behörden ihre Verhaltungsmafsregeln vorschreibendes nennen, ein Gesetz, woraus zu entnehmen ist, wie vorkommenden Falles mit Kirchengebäuden verfahren werden soll. bei Besteuerungen z. B., Versicherung gegen Feuersgefahr, Instandsetzung u. s. w.“ — Wenn man aber die Fragestellung berücksichtigt: „*si les communes sont devenues propriétaires des églises*“, worauf das Gutachten die Antwort geben will, wird man sich diesen Bedenken nicht anschliefsen können.

1. Das Germinalgesetz ist zwar in den rheinischen Gebietstheilen durch das Reglement v. 4. Mai 1802 publicirt worden, konnte aber nach vielen Richtungen hier nicht in Kraft treten, weil die diesbezüglichen Voraussetzungen fehlten. Das betrifft unter Andern die Eigenthumsverhältnisse der Kirchen, die deshalb durch ein Specialgesetz geregelt wurden (das Arrêté vom 9. Juni 1802), das dann seinerseits aber auch erschöpfend ist. Hier ist daher nur das Arrêté Rechtsquelle, nicht aber das Germinalgesetz. Folgeweise kommt für die Rheinlande das das Germinalgesetz interpretirende Staatsrathsgutachten gar nicht in Betracht.

2. Das angezogene Staatsrathsgutachten ist wie das oben besprochene niemals zur Nachachtung publicirt worden,[1] hat also nur eine doctrinäre Bedeutung. Es kündigt sich als die persönliche Ansicht *(est d'avis)* des Staatsraths gegenüber einer vom Kaiser aufgeworfenen Frage an, und die Meinungsäufserung hatte nur den Zweck, den Kaiser zu belehren, damit dieser dann die gesetzliche Entscheidung herbeiführe *„tendant à faire décider par sa Majesté impériale la question."* Diese ist aber nie erfolgt. Dem Staatsrathsgutachten hat der Appellhof zu Nancy durch Urtheil v. 18. Mai 1827 mit Recht die Bedeutung einer authentischen Gesetzesinterpretation abgesprochen,[2] wie bereits im Urtheil des Appellationsgerichtes zu Rennes v. 21. Juli 1819 die rechtsverbindliche Kraft eines Staatsrathsgutachtens von der Einrückung in die Gesetzesbulletins abhängig gemacht wurde.[3]

3. Das Staatsrathsgutachten geht von der Voraussetzung aus, dafs durch das Germinalgesetz die Kirchen den Gemeinden überlassen worden seien, und von dieser Annahme aus will die Staatsbehörde nur die Natur dieser *traditio* näher bestimmen. Hätte also auch das Gutachten die Bedeutung einer authentischen Interpretation resp. Gesetzesnorm, so würde sich die Entscheidung doch nur auf die angezweifelte und nur zur Entscheidung vorgelegte Frage nach der Natur der Uebertragung beziehen; für die

---

[1] Die gegentheilige Ansicht Moorens (S. 54) ist irrig.

[2] Sirey, *Recueil* 1827. 2, p. 218; Gräff, 128.

[3] Dalloz, *Répertoire de législation, de doctrine et de Jurisprudence* XXX. *voce „loi"* N. 63; Gräff, 128.

Bestimmung des Eigenthumssubjects selbst aber würde ihr jede schöpferische und declarative Bedeutung ermangeln.[1] In letzter Richtung wird nichts entschieden, sondern nur vorausgesetzt. Die Entscheidung kann aber unsere Zustimmung finden, wenn sich auch ihre weitere Voraussetzung als unhaltbar erweisen sollte. Denn eine Eigenthumsübertragung ist in dem Germinalgesetz thatsächlich angeordnet worden, gleichgiltig zunächst an wen.

4. Die Voraussetzung des Staatsraths ist oben in allen ihren Theilen als irrig erwiesen, und sie bleibt bedeutungslos, wenn auch das Staatsrathsgutachten selbst nach seiner wirklich beabsichtigten und getroffenen Entscheidung verbindlich wäre.

III. Das dritte Staatsrathsgutachten vom 3. Novbr. 1836 (vergl. auch dasjenige vom 3. Juli 1829) hatte es mit einer noch bestimmteren Fragestellung zu thun. Diesmal war es „*le garde des sceaux, ministre de la justice et des cultes,*“ welcher wissen wollte, „*si la propriété des presbytères et de leurs dépendances, restitués en exécution de la loi du 18 germ. an 10, appartient aux communes ou aux fabriques*“. Darauf folgte wiederum der Bescheid: „*Est d'avis: que la propriété des presbytères des paroisses conservées par l'organisation ecclésiastique appartient aux communes.*“

Dieses Gutachten trifft zwar aufs Bestimmteste unsere Frage — denn die „*presbytères*“ und die „*édifices où s'exerce le culte catholique*“ unterstehen nach art. 11 des Arrêté derselben rechtlichen Beurtheilung — aber auch dieses Gutachten kann eine rechtsverbindliche Bedeutung nicht beanspruchen, weil es nicht in den Gesetzesbulletins publicirt worden ist. Dasselbe kommt daher nicht als Rechtsquelle, sondern nur als wissenschaftliche Aeufserung in Betracht, welche lediglich durch die Macht ihrer Gründe Bestand hat. Diese sind aber in der obigen Kritik als nicht stichhaltig erwiesen worden.

---

[1] Gelegentlich der Auslegung eines anderen Staatsrathsgutachtens sagt Maurer sehr treffend: „Es mahnt dies zur Vorsicht im Gebrauch solcher Gutachten; man mufs dabei vollständig deren wirkliche Anregung und Vorbereitung kennen, um gerade die Richtung herauszufinden, in welcher der Staatsrath sich über einen Gegenstand aussprechen sollte und wollte, — neben anderem, über anderes, ohne darauf gehörig zu achten, hinweggehend“ (S. 37[7]).

§ 89.

Fortsetzung: Der Sitz des Mifsverständnisses.

Das Germinalgesetz verpflichtet den Staat, die für den Cultus nothwendigen Kirchen — also immerhin eine beschränkte Zahl — den Bischöfen zurückzugeben. Die Staatsrathsgutachten weisen nun darauf hin, dafs in Vollziehung dieses Gesetzes den Gemeinden Kirchen überlassen worden seien. Da kann man nur zweierlei annehmen:

Entweder sind die den Gemeinden überlassenen Kirchen diejenigen, welche nach dem Germinalgesetz den Bischöfen vorenthalten wurden: — dann dürfte aber das Staatsrathsgutachten nicht gegen das kirchliche Eigenthum der den Bischöfen übergebenen Kirchen ausgespielt werden, welche es gar nicht erwähnt. Man müfste also annehmen, dafs dieses nur die Frage beantworten wollte: wem gehören die Kirchen zu eigen, welche, zur Pfarrseelsorge nicht nöthig, *en exécution de la loi du 18 germinal* vom Staat zurückbehalten und in gemeindlicher Benutzung belassen wurden *(qui leur ont été abandonnés)?*

Oder die den Gemeinden in Ausführung des Germinalgesetzes überlassenen Kirchen sind — und das ist unsere Ansicht — dieselben, welche der Disposition der Bischöfe zurückgegeben wurden. Da ist aber nicht einzusehen, wie das eine mit dem anderen identisch sein soll, denn Bischof und politische Gemeinde stehen in keinem Zusammengehörigkeitsverhältnifs. Wir kommen hier dann nur zu einem vernünftigen Resultat, wenn wir die in den Staatsrathsgutachten vorgeschobenen *communes* im Sinn der Kirchengemeinden fassen.

In der That wurde die communaleigenthumsrechtliche Auffassung des französischen Staatsraths durch zwei Irrungen veranlafst,

1. durch die Identification der Kirche oder Kirchenfabrik mit der Kirchengemeinde,
2. durch die Gleichstellung dieser Kirchengemeinde mit der Civilgemeinde.

Den ersten Fehler beging nicht blofs der Staatsrath, sondern machte und macht noch bis zur Stunde fast die gesammte Judicatur und Literatur. An und für sich mehr nach der verwaltungsrechtlichen

als eigenthumsrechtlichen Seite bedenklich, mufste diese Gleichstellung besonders in Frankreich verhängnifsvoll werden, wo es verhältnifsmäfsig wenig Akatholiken gab, und wo die in ihren Grenzen meistens zusammenfallenden kirchlichen und politischen Gemeindebezirke die wesentliche Verschiedenheit von Kirchen- und Civilgemeinde nicht recht erkennen liefs. So wurde hier jener sozusagen unschuldige Fehler die Quelle des ganzen späteren Wirrwarrs.

Der Schwerpunkt der Frage wurde darin gefunden, dafs der Staat sich des Eigenthums an den Kirchen entäufsert habe zu Gunsten des einzelnen Localganzen, *„où ils sont situés;“* dafs diese gerade *communes* genannt wurden, war anfangs Nebensache und wurde auf seine positive Formulirung hin mit ernstlicher Einseitigkeit niemals zugespitzt: Civilgemeinde, Kirchengemeinde, Kirche, das war ja Alles dasselbe. Es handelte sich immer nur um den Gegensatz von National- und Gemeinde-, nie um denjenigen von Communal-, Kirchengemeinde- oder Fabrikeigenthum.[1] So erklärte der Finanzminister in seinem öfter erwähnten *rapport* an den Staatsrath (in Erläuterung der art. 72 und 75 des Restitutionsgesetzes):

> *„Ces dispositions ont donné lieu à la question de savoir si „les églises et presbytères rendus sont devenus la propriété „des communes, où ils sont situés, ou si, au contraire, „cette propriété résidait toujours dans les mains „de la nation.“*

In diesem Bericht wird auch die Meinung des allerdings ebenfalls nicht ganz vorwurfsfreien Cultusministers Portalis angeführt, dahingehend, dafs die *„communes,“* welche früher die *„édifices servant d'églises et de presbytères“* beschafft hätten, *„doivent être considérées comme propriétaires de ces édifices et tenues en conséquence de toutes les réparations et contributions.“*

---

[1] Wo aber der Unterschied von Fabrik- und Gemeindeeigenthum gefühlt wird, kommt man mit einer veralteten Distinction darüber weg. So sagt z. B. der Finanzminister in seinem dem Staatsrathsgutachten vorausgegangenen Bericht: *„Comme l'église de chaque fabrique en est nécessairement la propriété première et essentielle, on pourrait en inférer que cette église est véritablement une propriété communale.“* Der Bericht des Finanzministers ist überhaupt voll von Widersprüchen und Unrichtigkeiten: man sieht nur zu deutlich, dafs er sich auf einem Feld bewegte, auf welchem er nicht heimisch war.

Die Ansicht des Grafen Portalis aber drückt sich am besten in folgenden Worten seines an den Kaiser erstatteten und bereits erwähnten Berichtes aus:

„*Les fabriques — n'administrent point au nom de la com-„mune*[1] *les biens rendus, car les communes n'étaient pas „propriétaires de ces biens, et si ces biens n'avaient point „été restitués aux églises paroissiales par un acte de „votre bienfaisance impériale, ils auraient été vendus comme „des biens dominaux.*“ Und an einer anderen Stelle heißt es: „*ces biens (des fabriques) ne sont point à la commune.*“[2]

Man hat darüber gestritten, ob „*commune*“ nur die Civil- oder auch die Kirchengemeinde bedeute. Die herrschende Ansicht hat sich für die erste Alternative entschieden, Regnier, Gräff, Maurer und namentlich Hirschel jedoch vertheidigten, in besonderer Rücksichtnahme auf die Staatsrathsgutachten, die zweite Alternative. Wir möchten keiner von diesen Ansichten zustimmen.

So viel ist zunächst klar, daß „*commune (communauté)*“ und „*paroisse*“ nicht selten *promiscue* gebraucht werden. Dies folgt schon aus den S. 371 besprochenen Stellen des Fabrikdecrets, bei deren Interpretation der Staatsrath sich übrigens derselben unklaren Terminologie bedient.[3] Diese terminologische Verschwommenheit verunziert schon die früheren Gesetzbücher; der Beweis hierfür ist von Hirschel überzeugend geführt, so daß die einfache Verweisung genügt.[4] Wenn aus den hier zusammengetragenen Gesetzesstellen

---

[1] In dieser Beziehung heißt es in demselben Bericht: „*Les fabriques ne représentent pas les communes; . . . les fabriques et les consistoires représentent non les communes, mais les églises pour le bien des quelles Votre Majesté les a établis.*“

[2] *Discours, 412.*

[3] Vgl. Hirschel, 132; vgl. auch „*Elémens de jurisprudence sur la propriété des biens affectés au culte*“ *p. 57* und Mooren 37.

[4] Eigenthum, S. 131 f., sowie Archiv 32, S. 29 ff.; ferner Regnier, 19. Damit widerlegt sich die Auffassung Emmerlings, daß *commune* weder in älterer noch in neuerer Zeit für gleichbedeutend mit Religionsgemeinde oder mit *paroisse* genommen sei; in der Rechtssprache bezeichne man mit *commune* nur die Gesammtheit aller Einwohner eines Ortes ohne Rücksicht auf Confession (Sammlung der Entsch., 1859; S. 139 ff.).

folgt, dafs man die Civilgemeinde auch *paroisse* nannte,[1] so geht aus dem Arrêté vom 10. September 1852 art. 1 hervor, dafs die Pfarrgemeinde auch *commune* genannt wird:

„Dans les Eglises réformées, il y aura cinq membres laïques „pour les paroisses n'ayant qu'un pasteur; six pour deux pasteurs; „sept pour trois pasteurs et au-dessus. Néanmoins, il n'y aura que „quatre membres dans les communes n'ayant que 400 âmes de „population."[2] Ebenso wird in der *„Ordonnance du 25 Mai 1844"* stets vom *„rabbin communal"* gesprochen. Interessant ist auch die S. 149[2] citirte Stelle: *„communibus bonis ecclesie, que vulgo gallice dicuntur cummene."*

Aus all dem folgern wir, worauf wir noch einmal zurückkommen werden, dafs Civil- und Kirchengemeinde als identisch gefafst wurden. Der Ausdruck *„commune"*, mit welchem *„paroisse"* vielfach gleichbedeutend ist, dient im weiteren Sinn zur Bezeichnung für die unkörperliche Person resp. Corporation überhaupt,[3] ganz wie sich im preufsischen A. L. R. dieser Begriff unter dem Terminus »Gemeine« verbirgt. Dies geht ganz klar aus dem Begräbnifsdecret v. 12. Juni 1804 art. 16 hervor, wonach Begräbnifsplätze entweder den *„communes"* oder den *„particuliers"*, d. h. in der üblichen Rechtssprache, juristischen oder physischen Personen gehören. Was nun ferner die öffentlichrechtlichen Localverbände der damaligen Zeit des Besondern anlangt, so hat bereits Gräff[4] darauf aufmerksam gemacht, dafs es damals namentlich auf dem flachen Lande politische Gemeinden im heutigen Sinn, mit

---

[1] Eine bei Dursy, I. 255 ff. mitgetheilte französische Ausführungsverfügung v. 10. April 1862 erklärt daher: „Unter Pfarrei versteht man bald die unter der geistlichen Obhut eines Pfarrers stehende katholische Bevölkerung, bald die Gesammtheit der innerhalb derselben Civilgemeinde sefshaften Einwohner" (S. 260). So auch Hüffer, die Verpflichtung der Civilgemeinden zum Bau und zur Ausbesserung der Pfarrhäuser, S. 41 gegen Göbel, Ueber Verbindlichkeit der Civilgemeinden zur Unterhaltung der Kirchengebäude, 72 ff. Ferner Gräff, d. Eigenthum an den Kirchhöfen, 74.

[2] Der Sinn ist: Hat eine reformirte Kirchengemeinde aber nur 400 Seelen, so soll das Aeltestencollegium, obschon ein Pfarrer da ist, nur 4, und nicht 5 Mitglieder zählen.

[3] Vgl. auch Zachariä, Handb. des franz. Civilr., 4. Aufl., I. 372.

[4] Das Eigenthum an den Kirchhöfen, 22, 46, insbesondere 71.

Selbständigkeit gegenüber der Administrativbehörde und einer von dem localen Kirchenverband verschiedenen juristischen Ausprägung nicht gab. Man kannte nur eine einzige öffentlichrechtliche locale Genossenschaft, die man bald *paroisse,* bald *commune* nannte, je nachdem im gegebenen Fall oder nach der gemeinreligiösen Sitte das kirchliche Moment mehr oder weniger in den Vordergrund trat. Ist doch auch bei uns die Zeit noch nicht so sehr fern, wo wir den politischen Bezirk »Kirchspiel« nannten! In diesem Sinn wohl spricht auch das Landgericht zu Aachen im Urtheil vom 9. Mai 1866 [1] von einem „damaligen bürgerlichen Parochialverband" in Frankreich. Man entlehnte dort nicht, wie Hirschel und Genossen wollen, bei der Benennung verschiedener und in dieser Verschiedenheit erkannter Rechtsganzen den anderseitigen Terminus, noch auch führte, wie die herrschende Ansicht behauptet, jede der beiden Körperschaften immer ihre einseitige Benennung — sondern es war nach damaliger Rechtsauffassung überhaupt nur ein einziges Rechtssubject vorhanden, das man bald *commune,* bald *paroisse* nannte, je nachdem man mehr durch die juristische oder kirchliche Seite bestimmt wurde.

Nur bei Einem war das richtige Bewufstsein frühzeitig vorhanden. Portalis sagte:

„Si les communes se composent de l'université des habitans, la „paroisse n'est que la réunion des fidèles sous un pasteur; elle „est dans la commune, et la commune doit venir au secours de la „société religieuse, qu'elle porte dans son sein." [2]

Diese Erkenntnifs blieb jedoch vereinzelt, und selbst Portalis hatte die principielle Verschiedenheit von Civil- und Kirchengemeinde insoweit noch nicht richtig erfafst, als er in der Civilgemeinde ganz allgemein den umfassenderen Begriff erkennen zu müssen glaubte. Schliefst aber die Civilgemeinde stets die Kirchengemeinde in sich, dann ist eine der Construction des Finanzministers Gaudin parallellaufende Auffassung von einem Doppeleigenthum wieder sehr nahe gerückt.

Das preufsische Gesetz, betr. die Bestreitung der Kosten für die Bedürfnisse der Kirchengemeinden in den Landestheilen des

---

[1] Mitgetheilt im Archiv f. kath. K. R. 17, S. 374 ff.

[2] *Discours,* 412.

linken Rheinufers, vom 14. März 1880 hat in anerkennenswerther Weise einem Bedürfnifs abgeholfen und verschiedene wissenschaftliche Controversen für immer beseitigt. Zunächst trifft dasselbe im § 1 die beifallswerthe Bestimmung, dafs „die bürgerlichen Gemeinden zur Aufbringung von Kosten für die Bedürfnisse von Kirchengemeinden, insbesondere zur Beschaffung und Unterhaltung der Pfarrhäuser nicht ferner verpflichtet" seien. Sodann heifst es im § 2:

„In das Eigenthum der betreffenden Kirchengemeinden „gehen über: a) alle bei Verkündigung dieses Gesetzes den bürger„lichen Gemeinden gehörenden, ausschliefslich als Pfarrwohnung „dienenden Gebäude nebst den dazu gehörenden Hofräumen und „Hausgärten; b) alle bei Verkündigung dieses Gesetzes den bürger„lichen Gemeinden gehörenden, kirchlichen Zwecken gewid„meten Gebäude, zu deren Beschaffung oder Unterhaltung zur „Zeit nach gesetzlicher Vorschrift die bürgerlichen Gemeinden Bei„träge aus ihrem Vermögen zu leisten verpflichtet sind."

Hierdurch ist die begriffliche Verschiedenheit von Kirchen- und Civilgemeinde anerkannt und der Communaleigenthumstheorie in Rheinpreufsen jeglicher Boden entzogen, freilich auch die Fabriktheorie zurückgedrängt.

II.
Das geltende Recht.

§ 90.
Allgemeines.

Die kirchlichen Privatrechtsverhältnisse waren in Frankreich vor der Revolution dieselben wie in Deutschland. Was insbesondere die einzelnen Rechtssubjecte und die Art ihrer Gerechtsame betrifft, so genügt es, nur auf das *Edit d'Août 1749 sur les Etablissements de main-morte* zu verweisen, worin bestimmt wurde, dafs in Zukunft Kathedral- und Collegiatcapitel, Seminare, Ordenshäuser, Genossenschaften, Bruderschaften, Spitäler, geistliche Stellen und Kapellen nur mit ausdrücklicher königl. Genehmigung errichtet werden dürften. Ferner wurde es denselben untersagt, *„d'acquérir, recevoir ni posséder à*

l'avenir aucuns fonds de terre, maisons, droits réels, rentes foncières . . . ***si ce n'est après avoir obtenu nos lettres patentes pour parvenir à la dite acquisition.***" Die in diesem Amortisationsgesetz ausgesprochene Bedingung zeigt, dafs den genannten Subjecten principielle Rechtsfähigkeit zustand. Diese offenbart sich aber alsbald als Eigenthumsfähigkeit, indem das Gesetz es als seine Absicht bezeichnet, zu verhindern, dafs sich bei den genannten Instituten und Körperschaften zu viel Vermögen anhäufe, da dieselben sonst zu oft Gelegenheit hätten, *„devenir propriétaires"* und zu grofse Vermögensmassen mit ihrem bisherigen Eigenthum *(„leur domaine")* zu vereinigen.

Die Revolution brachte zuerst die Saecularisation der vorhandenen Kirchengüter, welche zwar noch nicht mit einer rechtlichen Vernichtung der Rechtsträger identisch war,[1] den Weiterbestand derselben aber für die Dauer oft thatsächlich unmöglich machte.

Im Jahre 1795 erfolgte denn auch die ausdrückliche, gesetzliche Auflösung der kirchlichen Rechtskörper, und damit war *tabula rasa.*

Napoleon erkannte aber, dafs vor Allem hier eine Neuordnung der Verhältnisse geboten war. Die Revolution war weit über das zuerst gesteckte Ziel hinausgerast: man hatte nicht blofs geraubt, sondern auch zerstört. Die französische Restitutionsgesetzgebung suchte — allerdings in Anerkennung der stattgehabten Saecularisation — wieder Anlehnung an die christliche Vergangenheit und belebte die alten kirchlichen Anstalten und Corporationen aufs neue; man beschränkte sein Mifstrauen gegen die Kirche darauf, dafs man bei der Neubegründung der kirchlichen Privatrechtscorpora anfangs noch mit Auswahl verfuhr, in der Eigenthumsausstattung derselben noch grofse Zurückhaltung zeigte und es vorzog, die nöthigen Sustentationsmittel in Gehaltsraten zu leisten. Dies zu zeigen, wird die Hauptaufgabe der folgenden Paragraphen sein.

Soviel aber darf hier schon behauptet werden: Selbst wenn der im Folgenden versuchte Beweis anfechtbar sein sollte, so steht

---

[1] Dieser Gedanke findet sich auch mehrmals bei Hirschel, z. B. S. 20 ff. Desgleichen bei dem Recensenten im Archiv, 15, S. 164: „Die Jacobiner haben sich das Recht zugesprochen, das Kirchengut zu nehmen, aber unseres Wissens nicht geleugnet, dafs die Kirche eine juristische Person sei."

doch fest, dafs in den rheinischen Gebietstheilen, welche zu Preufsen, Bayern und Hessen gehören, nachdem diese insgesammt in ihren Verfassungsurkunden der Kirche den bleibenden Besitz und Genufs der für ihre Cultuszwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und Fonds feierlich garantirt haben, der National- wie Communaleigenthumstheorie jeder Boden entzogen ist.[1]

§ 91.

Das Fabrikeigenthum.

Die Auffassung, dafs die Kirchen wie das örtliche Kirchenvermögen im engeren Sinn der localen Kirchenfabrik zu Eigen gehören, ist nirgends bestimmter ausgesprochen als im französischen Recht.

Der Artikel 75 des Germinalgesetzes ordnet die Rückgabe der Pfarr- und Succursalkirchen an, und der art. 76 verheifst infolgedessen die Errichtung eines Fabrikrathes, um über die Erhaltung und Verwaltung dieser Kirchen und ihres Vermögens zu wachen. Die Rückgabe erfolgte somit an die Fabriken selbst *(les fabriques proprement dites, celles, qui ont existé dans tous les temps et qui datent d'aussi loin, que les églises mêmes)*[2]. Dies stellt insbesondere das Fabrikdecret v. 30. Decbr. 1809 aufser allen Zweifel. Das Fabrikbudget charakterisirt sich nach art. 46 als ein *„budget (de) la recette et (de) la dépense de l'église"*, und der art. 37 N. 4 spricht von den *„revenus de la fabrique"*. Dafs zu diesem Fabrikeigenthum (der art. 80 spricht ausdrücklich von *„propriété"*) in erster Linie die Kirchengebäude selbst gehören, bezeugt in Uebereinstimmung mit art. 76 des Germinalgesetzes der art. 1 des Fabrikdecrets:

„Les fabriques, dont l'art. 76 de la loi du 18 Germinal an X „a ordonné l'établissement, sont chargées de veiller à l'entretien et à la conservation des temples."

---

[1] Man vergleiche auch die im folgenden § citirte Königl. Preufs. Cabinetsordre v. 23. Mai 1818, wo des Weiteren in Nr. 2 bestimmt wird: „Was noch bestehenden Kirchen-, Lehr- und Wohlthätigkeitsanstalten innerhalb der Grenzen des Staates sonst gehörte, soll, sobald es entdeckt wird, in deren Besitz zurückkehren."

[2] Portalis in der S. 365 citirten Stelle.

Desgl. art. 37 N. 4: *„Les charges de la fabrique sont . . . de veiller à l'entretien des églises."*

Selbst der *in ecclesiasticis* sonst nicht sehr bewanderte Finanzminister hatte, wie wir S. 378[1] ausführten, anerkannt: *„l'église de chaque fabrique en est nécessairement la propriété première et essentielle."* Und Portalis hat es in dem öfters erwähnten Rapport an den Kaiser aufs Bestimmteste ausgesprochen, daſs die *„biens rendus"* — worunter vor allem die Kirchen zu verstehen sind — restituirt worden seien *„aux églises paroissiales"*, und daſs der Fabrikrath ganz wie die Consistorien vertrete *„les églises pour le bien desquelles Votre Majesté les a établis."*

Ganz so ist die Rechtslage in den rheinischen Gebieten, wo die Eigenthumsverhältnisse der Kirchengebäude ungestört blieben und der Fabrikrath dieselbe Stellung bekleidet.

Ueberall ist nur die Rede von *„biens de fabrique"*, und sind darunter sowohl Nutzgüter als Kirchengebäude verstanden.

Arrêté v. 26. Juli 1803:

1. „Les biens des fabriques non aliénés, ainsi que les rentes „dont elles jouissent, et dont le transfert n'a pas été fait, sont rendus „à leur destination."

2. Les biens de fabrique des églises supprimées seront réunis à ceux des églises conservées et dans l'arrondissement desquelles ils se trouvent.

Decret v. 30. Mai 1806:

„Les églises et presbytères qui, par suite de l'organisation „ecclésiastique, seront supprimés, font partie des biens restitués „aux fabriques et sont réunis à celles des cures succur- „sales dans l'arrondissement desquelles ils seront situés.

Decret v. 31. Juli 1806:

„Considérant . . . . qu'il faut encore, que l'église à laquelle ce „bien a appartenu, soit réunie à cette paroisse ou succursale, . . . „les biens des églises supprimées appartiennent aux fabriques „des églises auxquelles les églises supprimées sont réunies, „quand même ces biens seraient situés dans des communes étrangères."

Decret v. 17. März 1809:

art. 1. Les dispositions des articles ci-dessus . . . sont applicables aux églises et aux presbytères, qui, ayant été aliénés, sont rentrés dans la main du domaine par cause de déchéance.

art. 2. Néanmoins dans le cas des cédules souscrites par les acquéreurs déchus, a raison du prix de leur adjudication, le remboursement du montant de ces cédules sera à la charge de la paroisse à laquelle l'église et le presbytère seront rendus.

Diese Stellen — man vergleiche ferner die bei Dursy, I. 285 bis 290 gegebene Zusammenstellung — beweisen auch die volle civilrechtliche Identität von Pfarrei, Pfarrkirche, Pfarrkirchenfabrik.

Die Rückgabe erfolgte an den früheren oder einen gleichartigen kirchlichen Rechtsträger. Schon die Wendungen: *rendre, remettre,* und im rheinischen Gebiet: *laisser, demeurer,* wahren in genügender Weise den Zusammenhang mit der gemeinrechtlichen Vergangenheit. Es ist darnach klar, dafs die zurückgegebenen und belassenen Kirchen sowie Kirchengüter nicht nothwendig und ausschliefslich gerade Kirchenfabrikeigenthum sind, also den Rechtsträger immer und unbedingt in sich selber haben. Dies wird vielmehr nur vermuthet. So glaubt man in der Königl. Preufs. Cabinetsordre vom 23. Mai 1818 sogar die alte gemeinrechtliche Legalinterpretation zu hören:

„Alles verheimlichte Staatsgut, das in den Rheinprovinzen am „linken Rheinufer entdeckt werden möchte, soll der Kirche des „Ortes, wo es gelegen ist, überlassen werden. In gleicher Art ist „auch der Kirche des Ortes, wo es gelegen ist, alles zur Ent„deckung kommende Gut der eingezogenen geistlichen Corporationen „und anderer Stiftungen überlassen."

Kirchen und Kirchengüter können aber auch jedem andern die Persönlichkeit besitzenden kirchlichen Corporations- oder Anstaltsganzen zu Eigen gehören. Wir haben deshalb hier, gerade wie oben, darzuthun, welche kirchliche Privatrechtssubjecte das französische Recht noch aufser den Pfarrkirchenfabriken kennt.

§ 92.

Die Eigenthumssubjectivität der Bisthümer.

Die privatrechtliche Gleichstellung von Bisthum und bischöflicher Kathedrale sowie andererseits von Kathedrale und Kathedralkirchenfabrik ist im französischen Recht am schärfsten vollzogen. Die Kathedralen unterstehen rechtlich derselben Beurtheilung wie die gewöhnlichen Kirchenfabriken. Wenn wir hier trotzdem noch einmal des Besonderen darauf eingehen, so geschieht es deshalb, weil, wie erwähnt, in der Kathedrale das Bisthum ausläuft, jene also nur die privatrechtliche Erscheinungsweise des Bisthums ist.[1]

Das wird auch genügend angedeutet durch den unten citirten art. 106 des Fabrikdecrets sowie den art. 58 des Germinalgesetzes: „*Il y aura en France dix archevêchés ou métropoles et cinquante évêchés.*“ In der französischen Gesetzgebung kommt ja auch der Gedanke der civilrechtlichen Identität von *paroisse* und *église paroissiale*, ebenso wie das Parallelverhältnifs zwischen Pfarr- und Bischofskirche einerseits und Pfarrei und Bisthum andererseits am schärfsten zum Ausdruck. In dem Restitutionsartikel 12 des Concordats werden vor Allem „*toutes les églises métropolitaines*“ und „*cathédrales*“ („*omnia templa metropolitana*“ und „*cathedralia*“) wieder zurückgegeben, ohne dafs der Gesichtspunkt der gottesdienstlichen Nothwendigkeit hierbei von Bedeutung wurde. Der art. 104 des Fabrikdecrets sanctionirt dann die für die „*fabriques des églises métropolitaines et cathédrales*“ bestehenden besonderen Verwaltungsbestimmungen, und der folgende Artikel statuirt bezüglich der „*administration intérieure*“ für die Kathedral- und Pfarrkirchenfabrik Identität, welche eine specifisch civilrechtliche Zuspitzung erhält im art. 106:

„*Les départements compris dans un diocèse sont tenus envers la fa-*
„*brique de la cathédrale, aux mêmes obligations que les communes envers*
„*leurs fabriques paroissiales.*“

---

[1] Damit widerlegt sich denn insbesondere die im Gutachten des *Comité de législation* vom 21. December 1841 (Dursy, I. 105) und im Ministercircular vom 10. April 1862 (Dursy, I. 258) vertretene und oben bereits bekämpfte Ansicht, dafs die Bisthümer oder Diöcesen keine Personen, sondern nur administrative Bezirke seien.

Hier erscheint also die bischöfliche Kathedrale als Trägerin von Privatrechten, was im art. 112 noch deutlicher zum Ausdruck kommt: *„Dans les départements où les cathédrales ont des fabriques ayant des revenus . . .“* Sodann bestimmt der art. 113:

„Les fondations, donations ou legs faits ***aux églises „cathédrales*** *sont acceptés . . . . . par l'évêque diocésain.“*

Schliefslich ordnete das Decret v. 6. März in Ausführung des Arrêté v. 26. Juli 1803 an:

„les biens et rentes non aliénés provenant des fabriques des métro- „poles et des cathédrales des anciens diocèses . . . appartiendront aux „fabriques des métropoles et cathédrales.“

Was die neueste Zeit anlangt, so hat sich der französische Staatsrath allerdings seit dem Jahre 1840 geweigert, den Persönlichkeitscharakter der Bisthümer anzuerkennen. In den Sitzungen vom 30. April, 7. und 13. Mai 1874 jedoch nahm er nach eingehender Discussion ein die Rechtssubjectivität derselben anerkennendes Gutachten an.[1] Allerdings ist es bezeichnend für dieses Institut, dafs ein *„avis“* vom 6. April 1880 die Persönlichkeit der Bisthümer wiederum bestreitet. Für Rheinpreufsen, Rheinhessen und Rheinbayern kommen die oben besprochenen Circumscriptionsbullen in Betracht.

§ 93.

Die Eigenthumssubjectivität der Domcapitel und Seminare.

Wir haben es in Folgendem mit der hervorragendsten Diöcesankörperschaft und der bedeutendsten Bisthumsanstalt zu thun.

Zu den saecularisirten *„biens du clergé“* gehörten vor allem die Güter der Domcapitel. Wenn auch nicht schon hierdurch eine Auflösung der Domcapitel verfügt war, so hätte doch die vollständige Mittellosigkeit derselben hierzu geführt; doch dem stürmischen Zerstörungseifer der Revolution war diese Entwicklung zu langsam.

---

[1] Vgl. Archiv 33, S. 267 ff.; Vering, K. R. 2. Aufl., 770.

Die *constitution civile du clergé* bestimmte im art. 20: „*les dig-„nités, canonicats ... et tous chapitres réguliers et séculiers ... „sont, à compter du jour de la publication du présent décret, „éteints et supprimés, sans qu'il puisse jamais en être établi „de semblables.*“[1]

Ebenso verfügte das Gesetz für die *départements réunis par la loi du 9 vendémiaire an IV* (1. Octbr. 1795) vom 25. November 1797 mit gleichzeitiger Ausdehnung auf die Seminare:

„*Les chapitres séculiers, les bénéfices simples, les séminaires sont supprimés.*“[2]

Die Reformgesetzgebung suchte auch hier nach Möglichkeit zu bessern. Das Concordat zunächst gestattet im art. 11 den Bischöfen (ohne sie zu verpflichten), ein Domcapitel sowie ein Seminar zu errichten:

„*Poterunt iidem episcopi habere unum capitulum in cathedrali ecclesia atque unum seminarium in sua quisque dioecesi.*“[3]

Dementsprechend bestimmte das Germinalgesetz im art. 11.

„*Les archevêques et évêques pourront, avec l'autorisation du Gouver-„nement, établir dans leurs diocèses des chapitres cathédraux „et des séminaires.*“[4]

Hiermit war aber blofs eine publicistische, keineswegs aber auch eine privatrechtliche Eigenexistenz gewonnen. Das Concordat enthielt vielmehr die ausdrückliche Bestimmung, dafs die Regierung eine Pflicht der Dotation nicht anerkenne: „*sans que le gouvernement s'oblige à les doter.*“[5]

---

[1] Hermens, I. 181. — [2] Hermens, I. 303.

[3] Hermens, I. 467. Der französische Text lautet: „*Les évêques pourront avoir un chapitre dans leur cathédrale et un séminaire pour leur diocèse.*“ Hermens, I. 475 sq.

[4] Hermens, I. 486. Vgl. auch S. 494, art. 35.

[5] art. 11. Der lateinische Text hat hier: „*sine dotationis obligatione ex parte Gubernii.*“ — Hirschel macht es sich jedenfalls zu leicht (S. 57), wenn er meint: „Durch die Errichtung von solchen Anstalten, von Bisthümern, Pfarreien, Kathedralcapiteln, Seminarien und Pfarrstellen, welche in jedem einzelnen Falle mit Zustimmung der Staatsgewalt stattfand (Art. 2, 9 u. 10 des Concordates, Organ. Art. 23, Sect. V., 61), waren auch an sich so viele einzelne Rechtssubjecte geschaffen, als es solche einzelne Einrichtungen und Anstalten gab.“ Die publicistische und civilistische Rechtsträgerschaft ist vielmehr streng auseinander zu halten.

In Uebereinstimmung hiermit läſst für die rheinischen Gebietstheile das Arrêté v. 9. Juni 1802 im art. 1 die Errichtung beziehungsweise das Bestehen von Domcapiteln und Seminaren zu,[1] erklärt aber im art. 2 das diesen gewidmete Vermögen als fiscalisches Eigenthum.[2]

Aber auch die hier am längsten bewahrte Engherzigkeit wurde überwunden. Dem Decret v. 6. März 1805 war es vorbehalten, den in der weitgehenden Restitution des Arrêté v. 26. Juli 1803 verewigten Versöhnungsgedanken auch bezüglich der Domcapitel Anwendung finden zu lassen, indem es bestimmte:

„En exécution de l'arrêté du 7 Thermidor an XI . . . ceux (biens) „provenant des fabriques des ci-devant chapitres métropolitains et cathé- „draux appartiendront aux fabriques . . . des chapitres des „diocèses actuels dans l'étendue desquels ils sont situés quant aux „biens, et payables quant aux rentes.“[3]

Unter der *fabrique des chapitres* ist die Privatrechtsperson des Capitels zu verstehen. Der Bann ist also gebrochen und die Eigenthumsfähigkeit der Domcapitel anerkannt. Alsbald stellte sich denn auch das Bedürfniſs heraus, deren Güterverwaltung gesetzlich zu regeln, welcher Aufgabe der *titre III (des biens des chapitres cathédraux et collégiaux)* des Decrets vom 6. November 1813 gewidmet ist. Einige dem Fabrikdecret nachgebildete Bestimmungen desselben, welche für die Privatrechtspersönlichkeit des Capitels von Bedeutung sind, sollen hier auszugsweise folgen:[4]

art. 49: *„Le corps de chaque chapitre cathédral ou collé- „gial aura, quant à l'administration de ses biens, les mêmes droits „et les mêmes obligations qu'un titulaire des biens de cure.“*

art. 51: *„Le trésorier aura le pouvoir de recevoir de tous fermiers „et débiteurs, d'arrêter les comptes, de donner quittance et décharge de*

---

[1] *„les titres et établissements ecclésiastiques autres . . . les chapitres cathédraux et les séminaires établis ou à établir conformément à la loi du 18 Germinal dernier, sont supprimés.“*

[2] *„Tous les biens de quelque espèce qu'ils soient appartenant tant aux ordres . . . qu'aux . . . chapitres cathédraux et séminaires, dont la loi du 18 Germinal dernier ordonne (?) ou permet l'établissement, sont mis sous la main de la nation.“*

[3] Hermens, II. 316. — [4] Hermens, II. 565 sqq.

„poursuivre les débiteurs devant les tribunaux, de recevoir les assignations „au nom du chapitre et de plaider quand il y aura été dûment autorisé.“

art. 54: *„Tous les titres, papiers et renseignements concernant la „propriété, seront mis dans une caisse ou armoire à trois clefs.“*

art. 57: *„Les maisons et biens ruraux, appartenant aux cha- „pitres, ne pourront être loués ou affermés que par adjudication . . .“*

art. 58: *„Les dépenses des réparations seront toujours faites sur „les revenus de la mense capitulaire.“*

Die Ordonnanz v. 2. April 1817 regelte sodann die Annahmeformalitäten bei „Schenkungen und Vermächtnissen von beweglichen und unbeweglichen Sachen zu Gunsten von Capiteln, Priester- und Knabenseminaren“ [1], und die Ordonnanz v. 7. Mai 1826 trifft Bestimmungen für den Fall, dafs „die Person, welche in ihrer in der Ordonnanz v. 2. April 1817 bezeichneten Eigenschaft nach Einholung der landesherrlichen Ermächtigung zur Annahme der für kirchliche Anstalten bestimmten Schenkungen berechtigt ist, selber der Beschenkte ist.“ [2]

In gleicher Weise wurde also auch die Privatrechtsfähigkeit der Seminare anerkannt, der Priesterseminare sowohl als der Knabenseminare *(petits séminaires).* So bestimmte das Fabrikdecret in seinem schon angeführten art. 113:

„Les fondations donations ou legs faits aux églises cathédrales „sont acceptés ainsi que ceux faits aux séminaires par l'évêque dio- „césain, sauf notre autorisation donnée en conseil d'état sur le rapport de „notre ministre des cultes.“

Bezüglich der *„biens des séminaires“* ordnet das oben erwähnte Novemberdecret v. 1813 eine der Administration der Capitelsgüter analoge Verwaltung an *(titre IV),* [3] und schon das Decret vom 30. September 1807 [4] versprach, „zur Begünstigung der Diocesanseminare, zur Ermunterung des Studiums der Theologie, zur Heranziehung von eifrigen Nachfolgern der würdigen Geistlichen“ „für jedes Diöcesanseminar auf unsere Kosten eine Anzahl von ganzen und halben Stipendien“ zu stiften, ein Gegenstand, mit dem sich auch spätere Ordonnanzen beschäftigten. [5]

---

[1] Dursy, I. 244. — [2] Dursy, I., 111.

[3] Hermens, II. 568 ff. — [4] Dursy, I. 124 f.

[5] Dursy, I. 125 ff.

Für die deutschen in dem Gebiete des französischen Rechts bestehenden Domcapitel und Seminare steht übrigens auch nach den in der gemeinrechtlichen Darstellung interpretirten Circumscriptionsbullen die Rechtspersönlichkeit fest.

§ 94.

Die Eigenthumssubjectivität der Kirchengemeinden.

Die kirchengemeindliche Rechtsfähigkeit steht in den rheinischen Gebietstheilen unangefochten. Dies hat aber keineswegs seinen Grund darin, dafs die Gesetzgebung sich in besonders klarer Weise für dieselbe ausgesprochen hätte; nein, gerade die Unklarheit derselben hat einer solchen Rechtsentwicklung Vorschub geleistet.

Der Pfarreingesessenen und Kirchengemeinde wird hauptsächlich nur bei der Regelung der kirchlichen Reparatur- und Unterhaltungspflicht Erwähnung gethan. In diesem Zusammenhang spricht das Fabrikdecret von der Beitragspflicht der *„paroissiens“*,[1] und das Decret v. 20.—25. Decbr. 1790 gedenkt der Ausscheidung eines *„corps-de-logis convenable, qui sera laissé aux poroissiens pour former le presbytère.“*[2] Was hier *„paroissiens“* genannt wird, heifst an anderer Stelle *„paroisse“*, so beispielsweise in der *constitution civile du clergé titr. III art. 2.*[3] Das Fabrikdecret gedenkt des Falles, *„où il serait reconnu, que les habitants d'une paroisse sont dans l'impuissance de fournir aux réparations“*, und das Decret v. 17. März 1809 sagt mit erwünschter Bestimmtheit: *„sera à la charge de la paroisse à laquelle l'église et le presbytère seront rendus.“*[4] Man gebraucht hier *„paroisse“* nicht so sehr im Sinn von Pfarrinstitut oder Pfarrkirche, als vielmehr von Pfarrdistrict und Pfarrgemeinde. Ist aber die Pfarrgemeinde das Rechtssubject, welchem die Kirchen restituirt resp. belassen wurden, so ist hiermit die Identität von

[1] art. 49: *„le budget contiendra l'aperçu des fonds, qui devront être demandés aux paroissiens.“*

[2] Hermens, I. 212.

[3] *„à l'égard des paroisses où le logement des curés est fourni en argent, et sauf aux départements à prendre connaissance des demandes qui seront formées par les paroisses et par les curés.“* Hermens, I. 194.

[4] Vgl. oben S. 386.

Pfarrkirchenfabrik und Pfarrgemeinde sanctionirt. So hat das französische Recht in der That den Fehler begangen, der uns sowohl vor den Revolutionsjahren als auch bis heute noch oft begegnet: es hat die begriffliche Verschiedenheit von Kirche und Kirchengemeinde, von Anstalt und Corporation, vollständig verwischt.

Die französische Rechtsentwicklung verirrte sich aber noch weit über diese gemeinrechtliche Verschwommenheit hinaus. Nicht genug, dafs hier dem Anstaltswesen in willkürlicher Weise das Körperschaftsganze supponirt wurde, entkleidete man das letztere gänzlich seines kirchlichen Charakters und begriff nunmehr diese körperschaftliche Mifsgeburt als Civilgemeinde. Wir waren oben schon in der Lage, die gemeindeeigenthumstheoretischen Staatsrathsgutachten auf diesen Fehler zurückzuführen. Dafs Kirchen- und Civilgemeinde in ihrer Verschiedenheit nicht erfafst wurden, geht am besten aus dem Fabrikdecret (art. 49 in Verbindung mit chap. IV, insbesondere art. 92 N. 3 und 100) hervor.

Wir halten die durch Regnier, Gräff, de Syo, Mooren, Hüffer, Maurer und Hirschel erhobene Streitfrage, ob hier die bürgerliche oder kirchliche Gemeinde gemeint sei, für eine müfsige: beide sind dem Gesetzgeber identisch; hier ist der Sitz des ganzen Uebels.

Ganz gewifs war dies verkehrt, aber der Rechtshistoriker weifs, dafs sich in der Entwicklung der Rechtsinstitute der Irrthum im Allgemeinen schon wirksamer erwiesen hat als begriffliche Klarheit. Als sich später immer mehr die Wahrheit durchrang, dafs die Kirchengemeinde eine von der Civilgemeinde verschiedene Rechtswesenheit sei, fiel es Niemand mehr ein, die Persönlichkeit der ersteren zu leugnen. Diese hatte sich in fremdem Kleide eingeführt, und als sie endlich dieses mit ihrem eigenen vertauschte, war ihr Verbleiben gesichert. Sie trat sogar als Rivalin ihrer früheren Doppelgängerin auf: die Kirchengemeinde stritt mit der Civilgemeinde, bald siegend, bald unterliegend.

Das juristische Interesse verzehrte sich in diesem pikanten Streitverhältnifs. Niemand zweifelte, dafs hier der Schwerpunkt der Frage sei: die sprachliche Gegenüberstellung war schon zu bestechend, als dafs Jemand daran gedacht hätte, die Activlegitimation der Kirchengemeinde ernstlich zu bestreiten und darzuthun, dafs

nicht sie, sondern die anstaltliche Localkirche, die Kirchenfabrik, als ein von jener durchaus verschiedenes Rechtssubject klageberechtigt sei.

Mag man daher über den wirklichen Besitz der Kirchengemeinde im concreten Fall noch so verschieden denken, darüber darf Einigkeit herrschen, dafs dieselbe heute Privatrechtsfähigkeit besitzt, also Eigenthümerin von kirchlichen Vermögensstücken sein kann, wenn ihr wirklicher Besitz gegenüber demjenigen der örtlichen Kirchenfabrik auch bedeutend zurücktritt. Am sichersten steht es mit der kirchengemeindlichen Rechtssubjectivität in Rheinpreufsen, wo nach dem Gesetz vom 14. März 1880 in das „Eigenthum der betreffenden Kirchengemeinden“ übergehen alle bis dahin „den bürgerlichen Gemeinden gehörenden“ Pfarrhäuser und Cultusgebäude. Wenn in Wahrheit hierdurch auch keine Verschiebung stattgefunden hat — denn die Civilgemeinden waren nicht Eigenthümer, — so ist hier doch für die Rechtssubjectivität der Kirchengemeinde der letzte Zweifel beseitigt und nach den traurigen Irrfahrten der Literatur und Judicatur endlich wieder fester Boden gewonnen. Es ist nur zu bedauern, dafs der Gesetzgeber zu sehr Anlehnung an das Preufsische A. L. R. gesucht hat, dessen Kircheneigenthumsgrundsätze, an sich schon bedenklicher Art, am allerwenigsten auf die französischen Verhältnisse anwendbar sind. Die alte Controverse bleibt daher immer noch bedeutungsvoll, indem man für die früher nicht im Civilgemeindeeigenthum stehenden Pfarrwohnungen nicht in der Kirchengemeinde, sondern im Pfarrbeneficium, wie für die Kirchen in der Kirchenfabrik das Eigenthumssubject nach wie vor zu suchen hat.

§ 95.

Die Eigenthumssubjectivität der Beneficien.

Die Revolution hatte es in erster Linie auf die reichen Pfründen, die *biens du clergé,* abgesehen. Nur von diesen ist in der dem Novemberdecret von 1789 vorangehenden Debatte, vielfach allerdings vom Boden der Clericaltheorie aus, nicht selten aber auch im technischen Sinne, die Rede. Der Staat zog das gesammte Beneficialgut ein und übernahm dafür nach einem Vermittlungsvorschlag Mirabeaus

die Pflicht, *„de pourvoir d'une manière convenable . . . à l'entretien de ses ministres“ (art. 1).*[1]

Die Frage, ob hierdurch auch die Persönlichkeit der Beneficien vernichtet, oder diese nur ihres vorhandenen Vermögens beraubt und im weiteren Erwerb behindert wurden, ist hier gegenstandslos. Der art. 2 des Säcularisationsdecrets ordnete allerdings an:

„que dans les dispositions à faire pour subvenir à l'entretien des „ministres de la religion, il ne pourra être assuré à la dotation „d'aucune cure moins de 1200 francs, non compris le logement et „les jardins en dépendants.“

Hier also ist bereits die neue Pfarrdotation in Aussicht genommen. Man kann jedoch darüber keine Gewifsheit erlangen, ob nicht der Staat selbst als Eigenthumsträger dieser Dotation anzusehen sei. Der art. 20 der *constitution civile du clergé* aber läfst über die Aufhebung der Beneficien keinen Zweifel mehr, man wird aber auch in dem Gesetz selbst für die Annahme Gründe finden, dafs dieselbe erst jetzt, aber immer noch nicht allgemein verfügt wurde:

„Tous titres et offices, autres que ceux mentionnés „en la présente constitution, les dignités, canonicats, prébendes, „demiprébendes, chapelles, chapellenies, tant des églises cathédrales que „des églises collégiales . . . et tous autres bénéfices . . . sont, à „compter du jour de la publication du présent décret, „éteints et supprimés, sans qu'il puisse jamais en être „établi de semblables.“[2]

Was noch übrig blieb, insbesondere die Pfarrbeneficien, mufste schliefslich der Wuth des Jahres 1795 zum Opfer fallen.

---

[1] Das Decret v. 23. und 28. Octbr. bis 3. Novbr. 1790 begreift infolgedessen unter den *„biens nationaux“* ausdrücklich die *„biens du clergé“* im technischen Sinn (art. 1, N. 3), desgleichen auch das Decret v. 7. bis 14. Octbr. 1790. Das Decret v. 10. bis 18. Febr. 1791 ordnete auch den Verkauf der zum Pfarrwitthum gehörigen Mefsstiftungen an, allerdings mit dem Vorbehalt, dafs die Geistlichen, welchen diese Stiftungen gedient hatten, und welche nicht vom Staate besoldet wurden, 4 % des Kapitalbetrages der Verkaufssumme als Ersatz erhielten. Vgl. auch Gräff, 58.

[2] Hermens, I. 181. Desgleichen das für die am 1. Octbr. 1795 vereinigten Departements erlassene Gesetz v. 25. Novbr. 1797 art. 1: *„Les bénéfices simples . . . sont supprimés.“* (Hermens, I. 303).

Die Hochfluth revolutionärer Strombewegung verrauschte aber, und die organischen Artikel bestimmen:

„Les presbytères et jardins attenans, non aliénés, seront rendus aux curés et aux desservans des succursales“ (art. 72). [1]

Das *rendre* des art. 72 bildet das Pendant zu dem früher besprochenen *remettre* des Concordats. Es ist hier weder die blofse Rückgabe zum Gebrauch noch eine solche ins Eigenthum des Pfarrers gemeint, sondern eine *restitutio in integrum* beabsichtigt. Zum Verständnifs dessen darf wiederum auf art. 9 des Germinalgesetzes verwiesen werden:

„Le culte catholique sera exercé sous la direction des arch-„evêques et évêques dans leurs diocèses et sous celle des Curés dans „les paroisses.“

Es ist also die Rückgabe zur früheren behördlichen Direction oder Disposition gemeint, welch letztere himmelweit von einem privatrechtlichen Nutzungsrecht der Anstalt oder

---

[1] Das Decret über die *„Constitution civile du clergé“* (Hermens, I. 169 sqq.) hatte bestimmt: *„il sera fourni à chaque évêque, à chaque curé et aux desservans des annexes et succursales, un logement convenable,“* und das Decret v. 20. bis 25. Decbr. 1790 (Hermens, I. 212 sq.) hatte verordnet, dafs beim Verkauf der Beneficialgüter eine besondere Wohnung mit Garten für den Pfarrer ausgenommen und diesem Zweck dauernd bestimmt werde *„de distraire des bâtimens un corps-de-logis convenable. En cas de distraction, il sera détaché aussi des jardins, une portion de l'étendue d'un demi-arpent, pour servir de jardin presbytéral.“* Könne dies nicht geschehen, so sei nach dem Grundsatz zu handeln: *„il sera fourni au curé, aux frais de la nation et à la diligence du directoire du département, un logement convenable, suivant les décrets de l'assemblée nationale, sanctionnés par le roi.“* Das Decret v. 9. bis 25. Mai 1791 erklärt noch einmal des Besondern die Sorge für die Wohnung der Bischöfe als eine Schuld der Nation, und das Decret v. 19. bis 25. Juli 1792 verfügte die Veräufserung der bischöflichen Paläste mit der Mafsnahme, dafs den Bischöfen $^1/_{10}$ des Gehalts mehr als Wohnungsentschädigung entrichtet werde. Es ist hier überall für geistliche Wohnungen gesorgt, und Portalis konnte in seinem zu den organischen Artikeln erstatteten ersten Bericht mit Recht sagen: *„Le logement fait partie de la substance et du nécessaire absolu; il a toujours été rangé par les lois dans la classe des choses qu'elles ont indéfiniment désignées sous le nom d'alimens“* (Hermens, I. 372). Nirgends aber war vorher von einem besonderen Beneficialeigenthum die Rede.

der kirchlichen Gewaltsträger entfernt ist, sondern sich in ihrem Vollbestand ausschliefslich und nothwendig als Ausflufs eines kirchlichen Eigenthums offenbart. Kurz: der art. 72 verfügt bezüglich der nicht veräufserten Pfarrhäuser und angrenzenden Pfarrgärten die Wiedereinsetzung in den früheren Stand, also die Reconstitution eines Theils des Beneficialeigenthums.[1] Hiermit ist aber die Privatrechtsfähigkeit der Beneficien ausdrücklich als bereits bestehend anerkannt, und es verschlägt nichts, dafs der art. 74 die einschränkende Bestimmung enthält:

„Les immeubles, autres que les édifices destinés au logement et les „jardins attenans, ne pourront être affectés à des titres ecclésiastiques, „ni possédés par les ministres du culte à raison de leurs fonctions."

Der art. 73 schliefslich benimmt den letzten Zweifel:

„Les fondations, qui ont pour objet l'entretien des mini- „stres et l'exercice du culte, ne pourront consister qu'en rentes constitués „sur l'Etat."[2]

Hiernach steht die rechtliche Möglichkeit von Beneficialstiftungen fest. Der art. 74 trifft allerdings Beschränkungen hinsichtlich der Eigenthumsobjecte, bestätigt aber nur unsere Auffassung bezüglich des Eigenthumssubjectes: Das *„être affectés à des titres ecclésiastiques"* kann nur im Sinn eines Beneficialeigenthums verstanden werden.[3] Die Nothwendigkeit privatrechtlicher Selbstständigkeit der Beneficien erkennt auch Portalis an, indem er sagt: *„Quand on érige un titre ecclésiastique, il faut le doter."*[4]

Was in Frankreich zurückgegeben wurde, wurde in den rheinischen Gebietstheilen seinem Eigenthümer belassen, im Uebrigen aber die kirchenräuberische Rechtsgleichheit mit dem Stammland hergestellt.

---

[1] Damit erweist sich die Bemerkung des Recensenten im Archiv, 15, S. 166, dafs auch nach der Restitutionsgesetzgebung „das Beneficialvermögen säcularisirt bleibt" in dieser Allgemeinheit als unrichtig.

[2] Diese Einschränkung wurde übrigens durch Gesetz v. 2. bis 6. Januar 1817 (art. 2) beseitigt. Gräff (74[1]) hebt hervor, dafs sie thatsächlich schon durch den art. 910 des *Code Napoléon* aufgehoben war.

[3] *Titre (titulus)* der Ausdruck für Beneficium.

[4] *Discours sur l'organisation des cultes, p. 277.*

In letzter Hinsicht hebt der art. 1 des Arrêté vom 9. Juni 1802, in Uebereinstimmung mit dem art. 20 der *„constitution civile du clergé,“*[1] und dem Gesetz v. 25. Novbr. 1797 art. 1,[2] die gewöhnlichen Pfründen *(titres)* gänzlich auf. Und wenn auch derselbe hierbei die *„évêchés“* und die *„cures“* ausnimmt, so ist doch auch bezüglich deren Güter im art. 2 angeordnet, dafs sie fiscalisches Eigenthum sind *(„sont mis sous la main de la nation“)*. Es wäre aber verfehlt, wenn man hieraus eine Vernichtung der Beneficiumspersönlichkeit, und nicht blofs eine Saecularisation und Erwerbsbeschränkung deduciren wollte. Denn der Belassungsartikel (11), welcher, wie wir oben sahen, zu dem art. 1 und 2 im Verhältnifs der Ausnahme zur Regel steht, ordnet an:

„Conformément à la loi du 18 Germinal dernier sont laissés à la „disposition des évêques, curés et prêtres desservans, les presbytères et „jardins y attenans, . . . les maisons épiscopales et jardins „y attenans.“

Die den Pfarrern und Bischöfen dienenden Wohnungen und Gärten verblieben somit ihrem Eigenthümer:[3] d. h. doch nur dem Pfarrbeneficium resp. der bischöflichen Mensa; somit ist an deren Rechtssubjectivität nicht mehr zu zweifeln,[4] sie ist aber auch für den Anfang auf jene zu beschränken.

---

[1] *„Tous titres et offices, autres que ceux mentionnés en la présente constitution, . . . prébendes, demi-prébendes . . . et tous autres bénéfices . . . sont . . . éteints et supprimés, sans qu'il puisse jamais en être établi de semblables“* (Hermens, I. 181).

[2] *„Les bénéfices simples . . . sont supprimés dans les départements réunis par la loi du 9 . . . vendémiaire an IV“* (Hermens, I. 303).

[3] Diese Auffassung liegt auch dem im Archiv, 9, S. 284 f. mitgetheilten „Gutachten“ Bauerbands zu Grunde. Vgl. ferner dessen Gutachten im Archiv, 36, S. 454 ff.

[4] So wurde auch in einem Rechtsstreit zwischen der Pfarrstelle zu Dremmen und dem Königl. Preufs. Fiscus in allen Instanzen entschieden: durch Urtheil des Landgerichts zu Aachen v. 25. October 1877 (Archiv, 44, S. 63 ff.), Urtheil des rheinischen Appellationsgerichtshofs v. 14. December 1878 (Archiv, 44, S. 73 ff.), Urtheil des Reichsgerichts v. 7. Januar 1880 (Archiv, 44, S. 83 ff.). Dagegen wurde noch im J. 1837 der Erzbischof v. Paris, als er das Eigenthum des Staates an dem erzbisch. Palast bestritt, wegen *abus* vor den Staatsrath gezogen. Für die Rechtssubjectivität der Beneficien treten noch folgende

Von jetzt an erfahren die Beneficialgüter eine langsame und mäfsige, aber ständige und zielbewufste Steigerung. Manche Dotalstücke waren ohnedies nach wie vor ihrer Bestimmung erhalten geblieben und gar nicht aus dem Besitz ihrer geistlichen Inhaber herausgekommen. Das wirklich säcularisirte Beneficialgut ward nach Möglichkeit wieder restituirt [1] und durfte durch Zuwendungen jeder Art vermehrt werden. Es stellte sich sogar alsbald das Bedürfnifs nach einem Verwaltungsreglement heraus, welches in dem Decret vom 6. November des J. 1813 geboten wurde. Dieses Decret mit dem clericaltheoretischen Titel *„Décret impérial sur la conservation et l'administration des biens, que possède le clergé dans plusieurs parties de l'empire"* handelt im

tit. 1. Des biens des cures, art. 1—28.

tit. 2. Des biens des menses épiscopales, art. 29—48.

Wenn man nun bedenkt, dafs die Pflicht, *„de veiller à l'entretien des . . . presbytères"* bereits durch das Fabrikdecret (art. 37 N. 4) geregelt war, so sieht man, dafs die Beneficien jetzt schon ganz andere Güter besessen haben müssen, als Pfarrwohnungen und Gärten. Das Decret v. 17. November 1811 art. 4 läfst bereits eine Dotirung in Grundbesitz *„par exception à la loi de germinal an X"* zu. Und im art. 1 des erwähnten Novemberdecrets v. J. 1813 heifst es bereits ganz nach Art der alten Pfarrdotationen:

„Dans toutes les paroisses dont les curés ou desservans possèdent à ce titre des biens-fonds ou des rentes, la fabrique établie près chaque paroisse, est chargée de veiller à la conservation desdits biens." [2] Dasselbe ist im *titre II.* bezüglich der *„biens des menses épiscopales"* angeordnet, [3] und so war die Selbständigkeit der Beneficialgüter wieder allseitig gesichert.

Der art. 1 der Ordonnanz v. 2. April 1817 sodann bestimmt, dafs „Schenkungen und Vermächtnisse zu Gunsten von Kirchen, bischöflichen Mensen . . . Haupt- und Hülfspfarreien . . .

Abhandlungen ein: „Die Pfarrdotalgüter in dem linksrheinischen Theile der preufsischen Rheinprovinz 1877" und „Unumstöfslicher Beweis für das Eigenthumsrecht der linksrheinischen Pfarreien an den Pfarrdotalgütern."

[1] Dieser Beweis ist in den erwähnten Erkenntnissen, insbesondere dem reichsgerichtlichen, erbracht.

[2] Hermens, II. 554. — [3] Hermens, II. 561.

angenommen werden mit landesherrlicher Ermächtigung etc.,[1] und die Ordonnanz vom 7. Mai 1826 erwähnt den Fall, dafs eine solche »Person« „selber der Beschenkte ist.“[2]

§ 96.

Die Eigenthumssubjectivität der kirchlichen Stiftungen.

Zu den durch das Novemberdecret vom Jahre 1789 säcularisirten *„biens ecclésiastiques“* gehörte auch das Vermögen der kirchlichen Stiftungen. Könnte hierin ein Zweifel bestehen, so würde er durch das Decret v. 23. und 28. October bis 3. November 1790 beseitigt werden, denn hier begreift der art. 1 als *„biens nationaux“* auch die *„biens des fondations établies dans les églises paroissiales“*, sowie insbesondere die *„biens des hôpitaux, maisons de charité et autres établissements destinés au soulagement des pauvres.“* Dieselbe Anschauung kommt im Decret v. 7. bis 14. Octbr., sowie in demjenigen vom 3. November 1790, insbesondere aber im Gesetz vom 11. Juli 1794 zum Ausdruck, welches das Vermögen der Wohlthätigkeitsanstalten als Nationalgut erklärt.

Die Restitutionsgesetzgebung begann aber auch hier wieder aufzubauen. *„Toutes les institutions religieuses ont été ébranlées et détruites pendant les orages de la révolution“*, klagt Portalis in einem im Staatsrath erstatteten Bericht über die organischen Artikel.[3] Insbesondere erklärt er die Absicht des Entwurfs dahin: *„nous avons voulu rétablir nos hospices,“*[4] wie er denn schon in seinem ersten Bericht den Satz aufgestellt hatte: *„Les fondations particulières peuvent être une autre source de revenus pour les ministres du culte.“*[5]

Das Concordat bestimmte im Artikel 15: *„Idem Gubernium curabit, ut catholicis in Gallia liberum sit, si libuerit, ecclesiis consulere novis fundationibus.“*[6] Dieses Versprechen fand denn auch im Germinalgesetz seine Verwirklichung. Portalis sagt in

---

[1] Dursy, I. 244. — [2] Dursy, I. 111.

[3] Hermens, I. 412. — [4] Hermens, I. 413.

[5] Hermens, I. 371.

[6] Ebenso in der Confirmationsbulle: *„Simili modo statutum est Gallicanae reipublicae gubernium curaturum ut catholicis in Gallia liberum sit, si libuerit, ecclesiis consulere novis fundationibus.“* Hermens, I. 592.

seinem oben erwähnten ersten Bericht, nachdem er sich für die principielle Zulässigkeit von kirchlichen Stiftungen ausgesprochen hatte: „*mais il est des précautions à prendre pour arrêter la vanité des* „*fondateurs, pour prévenir les surprises qui pourraient leur être faites et* „*pour empêcher que les ecclésiastiques ne deviennent les héritiers de tous* „*ceux qui n'en ont point ou qui ne veulent point en avoir.*“ [1] Diesem Uebel glaubte er dadurch begegnen zu können, dafs die Execution des Stiftungswillens ohne magistratische Zustimmung [2] für unzulässig erklärt und die Zuwendung von *immeubles* ausgeschlossen wurde. [3] Und so kam denn der bekannte Artikel 73 des Germinalgesetzes zustande:

„*Les fondations, qui ont pour objet l'entretien des mi-* „*nistres et l'exercice du culte, ne pourront consister qu'en* „*rentes constituées sur l'Etat; elles seront acceptées par* „*l'Evêque diocésain et ne pourront être exécutées qu'avec* „*l'autorisation du gouvernement.*“ [4]

Die Bedeutung des Stiftungsartikels stieg sodann, als durch Arrêté vom 20. Decbr. 1803 in consequenter Weiterbildung des Gouvernementsbeschlusses vom 26. Juli 1803 angeordnet wurde:

„*Les différens biens, rentes et fondations chargés de messes anni-* „*versaires et services religieux, faisant partie des revenus des églises, sont* „*compris dans les dispositions de l'arrêté du 7 Thermidor an XI.*“

Nachdem so die Zulässigkeit von selbständigen kirchlichen Stiftungen ausgesprochen [5] und ihre Erwerbsbesonderheiten geregelt waren, verlangte es die Consequenz, dafs die Staatsgewalt für die rheinischen Gebietstheile, wo eine Aufhebung der Stiftungsganzen

---

[1] Hermens, I. 371.

[2] „*toute fondation . . . ne pourrait être exécutée sans l'aveu du magistrat politique*“ (*l'édit de 1749*). Hermens, I. a. a. O.

[3] „*il ne permettait d'appliquer aux fondations que des biens d'une certaine nature; il ne permettait pas que les familles fussent dépouillées de leurs immeubles.*“

[4] Ebenso das Fabrikdecret, art. 113: „*Les fondations, . . . faits aux églises cathédrales sont acceptés, ainsi que ceux faits aux séminaires par l'évêque diocésain, sauf notre autorisation donnée en conseil d'état sur le rapport de notre ministre des cultes.*“

[5] Was insbesondere die Stiftungsanstalten betrifft, so vgl. die bei Hirschel, S. 71 besprochenen Gesetzesstellen.

noch nicht erfolgt war, deren privatrechtliche Selbständigkeit und den Vermögensbesitz garantirte. Dies geschah in dem früher besprochenen Arrêté vom 9. Juni 1802, welches im § 1 und 2 die Säcularisation verfügt und dann im art. 20 folgende Sonderbestimmung (eine andere Ausnahme steht, wie wir sahen, im art. 11) trifft:

„*Sont exceptés des dispositions du présent arrêté, les établissements* „*dont l'institut même a pour objet unique l'éducation publique ou le soulage-* „*ment des malades et qui, à cet effet, tiennent réellement, en dehors, écoles,* „*ou des salles de malades: ces établissements conserveront* (Seitenstück „zum „*sont laissés*" und „*demeureront responsables*" des art. 11) „*les biens dont ils jouissent, lesquels seront administrés d'après les lois* „*existantes dans les autres parties de la république.*"

Die Anerkennungsfrage regelt sich in Rheinpreufsen, Rheinbayern und Rheinhessen nach dem öffentlichen Recht der betreffenden Staaten. Für Elsafs-Lothringen kommt die V. O. vom 5. Mai 1873 § 3 u. 2 in Betracht, wonach Zuwendungen, durch welche eine „unkörperliche Person ins Leben gerufen oder eine neue Zweigniederlassung einer gesetzlich anerkannten geistlichen Anstalt gegründet werden soll," „auch künftig nur mit Genehmigung des Staatsoberhauptes angenommen werden" können.[1]

§ 97.

Die Eigenthumssubjectivität der klösterlichen und klosterähnlichen Vereinigungen.

Die Gesellschaft Jesu in Frankreich wurde bereits durch den Beschlufs des Pariser Parlaments vom 6. August 1762 und 9. Mai 1767 aufgelöst. Das letzte diesbezügliche Decret erging auf den Bericht des Ministers des Innern und der Justiz v. 29. März 1880 an demselben Tage durch den Präsidenten Grévy.[2]

Im Jahre 1789 ward in der Nationalversammlung der Antrag auf Aufhebung aller geistlichen Orden und Congregationen gestellt, die Frage aber vertagt, und vorläufig nur die Ablegung des Ge-

---

[1] Dursy, I. 272 f.

[2] Archiv 44, S. 173 ff.

lübdes suspendirt.[1] Später kam nach einer sehr erregten, bei Hermens, I. 123—143 auszugsweise mitgetheilten Debatte das Gesetz v. 13.—19. Februar 1790 zu Stande, dessen art. 1 lautet:

„La loi constitutionnelle du royaume ne reconnaîtra plus de voeux mona-„stiques solennels de personnes de l'un ni de l'autre sexe: déclarons en „conséquence que les ordres et congrégations réguliers dans lesquels on fait „de pareils voeux sont et demeureront supprimés en France, sans qu'il puisse „en être établi de semblables à l'avenir.“

Das Decret v. 18. August 1792[2] bestimmt sodann nach Aufzählung der in Frankreich damals vorhandenen Orden und Congregationen: „überhaupt sämmtliche männliche und weibliche religiösen „Körperschaften und Säcularcongregationen, selbst wenn sie zum „Dienst in den Spitälern oder zur Krankenpflege bestimmt sind, sie „mögen Namen führen, wie sie wollen, sie mögen ein einziges Haus „bilden oder mehrere Häuser unter sich begreifen, endlich die „Brüderschaften, Büfser, Pilger oder irgend welche andere für „fromme oder mildthätige Zwecke bestehende Genossenschaften „sind und bleiben mit Publication des gegenwärtigen Decretes auf-„gehoben.“

Die organischen Artikel bestimmen nochmals im art. 11: Ausser den Capiteln und Seminaren sind alle kirchlichen Institute aufgelöst (*„tous autres établissements ecclésiastiques sont supprimés.“*) Mit dieser Gesetzgebung war die zum gröfsten Theil bereits factisch vollzogene Auflösung der französischen Orden, Congregationen und Bruderschaften legalisirt.

In Uebereinstimmung hiermit verfügte das Arrêté v. 9. Juni 1802 auch die Aufhebung der Klöster und klosterähnlichen Anstalten für die neuerworbenen Gebietstheile:

„art 1. Les ordres monastiques, les congrégations régu-„lières, . . . sont supprimés dans les quatre départemens de la Sarre, de „la Roer, de Rhin et Moselle, et du Mont-Tonnerre.“

Wie ernst man es mit diesen Bestimmungen gemeint hat, zeigt das *Décret impérial* v. 22. Juni 1804.[3] In Belley, Amiens und

---

[1] Denselben Gegenstand behandelt die Constitution v. 3.—14. September 1791 (Dursy, I. 318).

[2] Dursy, I. 318.

[3] Abgedruckt bei Hermens, II. 287.

einigen anderen Städten Frankreichs hatten sich trotz der klosterfeindlichen Stimmung der Gesetzgebung wieder religiöse Associationen gebildet. Die Regierung hatte aber ein wachsames Auge, und auf einen Bericht des Staatsraths Portalis kam obiges Decret zu Stande, welches zunächst im art. 1 die bekannten Neubildungen beseitigte:

„A compter du jour de la publication du présent décret, l'aggrégation „ou association connue sous les noms de Pères de la Foi, d'Adorateurs „de Jésus ou Pacanaristes, actuellement établie à Belley, à Amiens et „dans quelques autres villes de l'empire, sera et demeurera dissoute."

Man befürchtete jedoch, dafs sich aufser diesen Congregationen noch andere ordensähnliche Vereinigungen gebildet haben möchten, und so bestimmte der 2. Absatz des art. 1.:

„Seront pareillement dissoutes toutes autres aggrégations ou associations formées sous prétexte de religion et non autorisées."

Trotzdem waren aber selbst nicht einmal mit dieser Bestimmung die klosterähnlichen Existenzformen principiell negirt, vielmehr war deren Berechtigung nur an bestimmte Bedingungen geknüpft worden. Zunächst widersetzte man sich der *„admission de tout ordre religieux dans lequel on se lie par des voeux perpétuels"* (art. 3). Sodann wurde für jede Neubildung wieder [1] eine förmliche Genehmigung nöthig *„par un décret impérial, sur le vu des statuts et règlements selon lesquels on se proposerait de vivre dans cette aggrégation ou association"* (art. 4). Bereits dieses Decret selbst erkannte die Existenzberechtigung einiger Congregationen an (art. 5):

---

[1] Bereits ein Edict v. J. 1616 sagt: „Schon unter den früheren Königen ist es im Interesse des Staates als zweckmäfsig erachtet worden, Klöster und geistliche Genossenschaften nicht ohne staatliche Ermächtigung und ohne Ertheilung eines königlichen Patentbriefs entstehen zu lassen." Sodann wird von neuem verfügt, „dafs künftighin im Königreich kein Kloster noch irgend welche geistliche Genossenschaft, selbst nicht unter dem Vorwand der Krankenpflege, gebildet werden darf, wenn nicht vorher durch einen vom Parlament einregistrirten königl. Patentbrief die Ermächtigung ertheilt ist." Dursy, I. 315 f. Vgl. ferner die Actenstücke S. 320, 322, 325, 327, 331 f., 334, 336. Die Ministerialinstruction v. 8. März 1852 (Dursy, I. 337 f.) bestimmt sodann des Nähern: „Es ist nur zu untersuchen, ob die Anstalt für die Gemeinde, in welcher sie gegründet werden soll, zweckmäfsig ist, und ob sie die zu ihrem Bestand nöthigen Mittel besitzt."

„Néanmoins les aggrégations connues sous les noms de Soeurs de la „Charité, de Soeurs Hospitalières, de Soeurs de Saint-Thomas, de Soeurs „de Saint-Charles et de Soeurs Vatelottes continueront d'exister."

Durch Decret vom 17. März 1808 wurden sodann die *frères des Ecoles chrétiennes*, durch Decret vom 18. Februar 1809 die *„Congrégations ou Maisons hospitalières de femmes"* und durch Ordonnanz vom 23. Juni 1836 die *„Congrégations chargés des écoles primaires de filles"* zugelassen. Seitdem wurden noch andere religiöse Vereinigungen anerkannt und auch viele ins Leben gerufen, für die eine gesetzliche Genehmigung gar nicht mehr nachgesucht ward.[1] Schulte hatte recht, als er im Jahre 1869 sagte: „Es giebt in Frankreich eine weitaus gröfsere Menge von Orden und Congregationen beiderlei Geschlechtes als in fast jeder deutschen Diö-

---

[1] Das Archiv 44, S. 173 ff., theilt einen Bericht des französischen Ministers der Justiz und des Innern v. 29. März 1880 an den Präsidenten Grévy mit, in welchem es heifst: „Es ist ein Grundsatz unseres öffentlichen Rechts, dafs keine geistliche Congregation, männliche oder weibliche, sich in Frankreich ohne vorgängige Autorisation niederlassen darf . . . Trotz so klarer Bestimmungen hat sich in Frankreich, namentlich unter dem zweiten Kaiserreich und seit den Ereignissen von 1870, eine grofse Anzahl von männlichen und weiblichen Congregationen gebildet. Nach einer 1877 vorgenommenen Zählung bestanden 500 nicht autorisirte Congregationen mit etwa 22000 Mitgliedern beiden Geschlechtes. Die öffentlichen Gewalten haben je nach Lage der Umstände und den Forderungen der öffentlichen Meinung diesen Sachverhalt bald geduldet, bald ihm ein Ziel zu setzen gesucht. Wer erinnert sich nicht z. B. der berühmten Interpellation, die Herr Thiers 1845 an das Ministerium Guizot richtete, und in deren Verfolg die Deputirtenkammer fast einstimmig eine Tagesordnung annahm, welche die Regierung aufforderte, gegen die nicht autorisirten Congregationen die bestehenden Gesetze anzuwenden. Ein ähnlicher Fall ist jetzt eingetreten. Infolge der Verhandlungen über das Gesetz, betr. den höheren Unterricht, und der von dem Cabinet vor dem Senat abgegebenen Erklärungen hat das Abgeordnetenhaus am 16. März 1880 mit ungeheuerer Majorität folgende Tagesordnung votirt: „Die Kammer geht, auf die Regierung vertrauend und auf ihre Festigkeit hinsichtlich der Anwendung der die nicht autorisirten Congregationen betreffenden Gesetze zählend, zur Tagesordnung über" . . . . Wir sehen uns also, Herr Präsident, veranlafst, Ihnen zwei gesonderte Decrete zur Abstellung der in dem Votum der Kammer bezeichneten Mifsbräuche vorzuschlagen. Das erste Decret bestimmt die Frist, nach deren Ablauf die Anstalten des Jesuitenordens in Frankreich geschlossen werden sollen; das zweite die Förmlichkeiten, welche alle anderen nicht autorisirten Congregationen zu erfüllen haben."

cese."[1] Ueber die hier in Betracht kommenden Verhältnisse in Preufsen, Bayern und Hessen ist oben das Nöthige gesagt worden.

Der Persönlichkeitscharakter der Orden und Congregationen darf nach französischem Rechte nicht bezweifelt werden. Die gemeinrechtlich feststehende klösterliche Erwerbsfähigkeit besafsen auch die französischen und rheinischen Associationsganzen des Kirchenrechts vor der Revolution: war es doch in erster Linie ihr grofser Besitz, welcher die Zerstörungslust der Revolutionshelden weckte.

Aber auch hier mufs daran erinnert werden, dafs die damalige Gesetzgebung wohl die einzelnen Klöster und damit selbstverständlich auch deren Erwerbsfähigkeit beseitigte: aber sie deutet mit keinem Worte an, dafs damit die Persönlichkeit der Klöster überhaupt, insbesondere also diejenige der etwa neuerstehenden, unmöglich geworden sei.

Das Decret vom 18. Februar 1809 ordnet daher bezüglich der „*congrégations hospitalières*", welche bestehen blieben und unter den Schutz der Kaiserin gestellt wurden, in den art. 11—15 die Erwerbsformalitäten.[2]

Auch das Gesetz vom 2. Januar 1817 setzt die Privatrechtsfähigkeit der kirchlich-religiösen Vereinigungen ausdrücklich voraus, indem es folgende besondere Bestimmungen trifft:

„art. 1. *Tout établissement ecclésiastique reconnu par „la loi pourra accepter avec l'autorisation du roi, tous les biens „meubles, immeubles et rentes, qui lui seront donnés par actes „entre vifs ou par actes de dernière volonté.*"

„art. 2. *Tout établissment eccl. reconnu par la loi pourra égale- „ment, avec l'autorisation du roi, acquérir des biens immeubles ou „des rentes.*"

„art. 3. *Les immeubles ou rentes appartenant à un établissement „ecclésiastique, seront possédés à perpétuité par le dit établissement et „seront inaliénables à moins que l'aliénation n'en soit autorisée par „le roi.*"

---

[1] Jur. Persönlichkeit, 136. Dursy, I. 331 N. 1, theilt mit, dafs allein von 1814—1830 nicht weniger als 689 und von 1830—1842 nahezu 300 Congregationen gegründet wurden. Die Gesammtzahl der Mitglieder betrug im J. 1842 ungefähr 25000.

[2] Dursy, I. 329.

Die oben erwähnte Genehmigung betrifft die Existenzberechtigung. Dasselbe ist zu sagen bezüglich des Edicts v. Aug. 1749,[1] wo die Genehmigung auch für die „Capitel, Collegien, Seminare, geistlichen Anstalten . . . Kapellen oder andere ähnliche Pfründen“ gefordert wird. Die Persönlichkeitsnatur gründet sich auf andere Gesetzesaussprüche, und man mufs sagen: die kirchlichen Anstalten und Corporationen besitzen in Frankreich die Erwerbsfähigkeit kraft allgemeinen Rechtssatzes, so dafs sie also mit ihrer gesetzlichen Existenz auch rechtsfähig sind. Das Gesetz vom 24. Mai 1825,[2] art. 4, ist allerdings anscheinend dagegen:

„Die gehörig ermächtigten Anstalten (gemeint ist die oben erwähnte Ermächtigung zur Gründung) können mit besonderer königlicher Erlaubnifs[3]

1. die ihnen durch Schenkungen unter Lebenden überhaupt und durch Testament mittelst Particularvermächtnisses zugewandten beweglichen und unbeweglichen Güter annehmen;
2. unbewegliche Güter und Renten unter lästigem Titel erwerben, und
3. die ihnen gehörenden unbeweglichen Güter und Renten veräufsern.“

Darnach sollte man meinen, die französischen Congregationen würden mit der Ertheilung des Patentbriefs erst existent und das so geschaffene Substrat dann in Wirklichkeit mit Rechtsfähigkeit bekleidet durch besondere landesherrliche Concession. Dem ist jedoch nicht so: die hier erwähnte königliche Erlaubnifs ist für jeden concreten Fall der bezeichneten Erwerbsacte erforderlich: sie ist keine Vorbedingung für die Erwerbsfähigkeit überhaupt, sondern Erfordernifs für die Bethätigung der vorhandenen Rechtsfähigkeit im einzelnen Fall. Dafs die Rechtssubjectivität der Congregationen bereits mit der ihre Existenz legalisirenden Ermächtigung gegeben ist, erhellt am besten aus dem § 2 der Ministerialinstruction vom 17. Juli 1825:

---

[1] Dursy, I. 317. — [2] Dursy, I. 332.

[3] Durch V. O. v. 5. Mai 1873 wurde diese Function in gewissen Grenzen dem Oberpräsidenten übertragen, heute ertheilt die Ermächtigung der Statthalter.

„Um die Congregationen, welche thatsächlich, wenn auch ohne „Ermächtigung, vor dem 1. Januar 1825 bestanden haben, einer „rechtlichen Existenz zuzuführen und ihnen die damit ver„bundenen Vortheile der Erwerbsfähigkeit zu verschaffen, „bedarf es der Vorlage der vom Bischof genehmigten Statuten „und des an den Cultusminister zu richtenden Antrags auf Er„mächtigung.“ [1]

Die Nothwendigkeit einer besonderen königlichen Erlaubnifs erscheint somit juristisch als einfache Erwerbsbeschränkung, und das Staatsräthsgutachten vom 6. Januar 1864 betont,

„dafs nach dem Gesetz vom 24. Mai 1825 und nach der Or„donnanz vom 14. Januar 1831 die weiblichen Congregationen nur „bei der Annahme von freigebigen Zuwendungen, bei Erwerbungen „unter lästigem Titel, bei Veräufserungen und Vergleichen der „staat„lichen Ermächtigung bedürfen, dafs, abgesehen von diesen im „öffentlichen Interesse vorgeschriebenen Beschrän„kungen den religiösen Genossenschaften nach Mafs„gabe des art. 537 C. civ. vollständig freie Persönlichkeit „zusteht.“ [2]

§ 98.

Die Kirchhofsfrage.

Bei der Darlegung der kirchlichen Eigenthumsverhältnisse nach französischem Recht ist ein besonderes, wenn auch nur anhangsweises Eingehen auf die Kirchhofsfrage um so mehr geboten, als die in der Literatur wie in der Judicatur hervortretende juristische Meinung sich hier noch mehr als bezüglich der Kirchen für ein unbedingtes Communaleigenthum ausspricht.

Gräff sagt mit Recht: „Die Frage über das Eigenthum an den „Kirchhöfen ist eine der schwierigsten und bestrittensten auf dem „weiten Gebiete der neuen in Frankreich und den übrigen Ländern „des linken Rheinufers herrschenden Gesetzgebung.“ [3] Ein Circular v. J. 1859 macht es sich allerdings sehr bequem, indem es kurzhin

---

[1] Dursy, I. 334. — [2] Dursy, I. 343.

[3] Das Eigenthum an den Kirchhöfen 1860, Vorrede III.

erklärt, „dafs heute das Eigenthumsrecht der Gemeinde an dem Kirchhof nicht mehr ernstlich bestritten werden kann.“ [1]

In der Hauptsache begegnet uns wieder ein grofser Theil der oben gewürdigten communaltheoretischen Literatur und Judicatur, denn hier ist gar oft auch von der Zubehör *(dépendance)* der Kirchen die Rede, unter welcher immer in erster Linie die Kirchhöfe verstanden werden.[2] Dabei operirt man mit dem Pertinenzbegriff als einer selbstverständlichen, unanfechtbaren Sache, was sich jedoch nach unserer im § 7 und 8 gegebenen Darstellung als irrig erweist. So besteht nach einem Urtheil des Appellationsgerichts zu Köln vom 29. Novbr. 1837 [3] eine Vermuthung bezüglich der Kirchhöfe nur, „wenn sie in dem Vorhofe — Atrium — oder in der Umgebung der Kirche angelegt waren“.[4] Das Landgericht von Köln hatte aber in seinem Urtheil v. 2. Mai 1837 [5] eine weitgehendere Praesumtion aufgestellt, indem es gleichzeitig [6] bei den Kirchhöfen, „insofern sie *extra muros* angelegt, für die Gemeinde die stärkere Vermuthung sprechen“ läfst. Die Annahme der kirchlichen Pertinenzqualität nöthigte dann selbstverständlich zur Stellungnahme in der oben vorgeführten Streitliteratur, und diese erfolgte meistens im communaleigenthumsrechtlichen Sinne. Die dieser Auffassung zu Grunde liegende Argumentation ist oben ausführlich gewürdigt und als eine irrige erkannt worden.

Man liefs aber auch nicht selten den Pertinenzgedanken gänzlich fallen und trat für ein ausnahmsloses Eigenthum der politischen Gemeinde ein. In dieser Beziehung erwies sich insbesondere das Urtheil des preufsischen Obertribunals v. 24. September 1861 [7] verhängnifsvoll, indem in Anlehnung an die hier entwickelte Rechts-

---

[1] Dursy, I. 371. Vgl. auch das Staatsrathsgutachten v. 22. Januar 1841 bei Dursy I. 369.

[2] Die Judicatur bis 1860 ist gewürdigt bei Gräff, a. a. O. 88—152.

[3] Abgedruckt im Archiv f. kath. K. R. XVII. 96 ff.

[4] Später noch einmal: „an den im Vorhofe der Kirche gelegenen Kirchhöfen . . . so lange die neuen Kirchhöfe aufser den Orten nicht angelegt und eingerichtet waren.“

[5] Abgedruckt im Archiv f. kath. K. R. XVII. 94 ff.

[6] Die Vermuthung soll auch hier „bei den Cimeterien, insofern sie Vorhöfe, für die Kirche“ sprechen.

[7] Abgedruckt im Rheinischen Archiv 56, Abth. 2. S. 57 ff.

ansicht, gleich als wenn ein oberstrichterliches Erkenntnifs Gesetzeskraft hätte, die königliche Regierung zu Köln sämmtliche Landräthe ihrer linksrheinischen Bezirke durch Verfügung v. 25. Febr. 1862 aufforderte, fortan unter allen Umständen daran festzuhalten, „dafs gesetzlich alle öffentlichen Kirchhöfe im Eigenthum der Civilgemeinde sich befinden.“ [1] Gleichzeitig wurde den Bürgermeistern aufgegeben, soweit es nach den örtlichen Verhältnissen nöthig erscheine, Namens der Civilgemeinde von den vorhandenen öffentlichen Kirchhöfen förmlich Besitz zu ergreifen.

Wir versagen es uns mit Rücksicht auf die unserer Arbeit gesteckten Grenzen, das beispiellos Rechtswidrige und Ungesetzliche dieser Verfügung darzulegen. Nach der zersetzenden Kritik Bauerbands [2] ist auch kaum etwas Neues beizubringen. [3]

Die königliche Regierung zu Aachen war aber ganz und voll der Auffassung der Nachbarregierung, indem sie den Bürgermeister der Gemeinde Beeck im Kreise Erkelenz, obschon der Gemeinderath seine Ansicht mehrmals dahin ausgesprochen hatte,

> „dafs die Kirche nach allseitigen nachträglich eingezogenen „Erkundigungen wohl seit undenklichen Jahren Besitzerin des „fraglichen Kirchhofs gewesen ist, und demnach ein Procefs „nur zum Nachtheile der Civilgemeinde ausfallen müsse,“

wiederholt aufforderte, „die Gemeinde im Besitze des alten Kirchhofes zu halten.“ [4]

---

[1] Dieser Erlafs ist mitgetheilt im Archiv 9, S. 279 ff.

[2] Archiv, XVII. 354 ff. und de Syo, das die Kirchenfabrik betr. Decret v. 30. Decbr. 1809. Anhang XII, S. 291. Selbstverständlich erklärte sich auch gegen den Regierungserlafs das Erzbischöfliche Generalvicariat zu Köln (Archiv, 9, S. 282 ff.).

[3] Uebrigens ist der Regierungserlafs alsbald durch den Minister der geistl. etc. Angelegenheiten selbst verurtheilt worden: „Was dagegen die privatrechtlichen Verhältnisse dieser Kirchhöfe, also namentlich die Besitz- und Eigenthumsfrage anbelangt, so werden diese durch die vorstehend ausgesprochenen Grundsätze in keiner Weise tangirt, — die Entscheidung hierüber gehört lediglich zur Competenz der Gerichte, und erklärt sich der Herr Minister ganz damit einverstanden, dafs ein Eingreifen in die Rechtsverhältnisse des einen oder anderen Theiles im Verwaltungswege gänzlich vorläufig unterbleibe.“ (Mitgetheilt im Archiv, 17, S. 361.)

[4] Dieser Fall ist von Bauerband (Archiv, XVII. 353—382) des Ausführlichen mitgetheilt. Die hier sowie im Archiv, 9, S. 289 ff. geübte verurtheilende

Wie aus dem Archiv 9 S. 286 ff. zu ersehen ist, wurde in einem zum Landkreis Köln gehörigen Dorf der um die Kirche gelegene (also zur Kirche gehörige) Kirchhof sogar mittelst Polizeischelle förmlich als Gemeindeeigenthum erklärt. Der katholischen Kirche zu Duisdorf ferner wurde am 29. October 1858 ein vor dem Dorfe belegener Platz zur Errichtung eines katholischen Kirchhofs geschenkt. Am 16. Mai 1859 lief indessen ein Schreiben vom Landrathsamt ein, „dafs die königliche Regierung sich weigere, die landesherrliche Genehmigung der Schenkung nachzusuchen, da nach rheinischem Rechte der Kirchhof Eigenthum der Civilgemeinde sein müsse"!!

§ 99.

Die gegnerischen Argumente.

Nach unserer Darstellung im § 8 steht fest:

1. Eigenthümer von Kirchhöfen kann jede körperliche wie unkörperliche Person, mithin insbesondere die Kirchenfabrik, Kirchen- und Civilgemeinde sein.
2. Eine Praesumtion besteht nur für den einer Kirche anliegenden Kirchhof *(atrium)* und zwar dann, wie oben im § 7 gezeigt wurde, zu Gunsten der betreffenden Kirchenfabrik.[1]

Soweit die Communaleigenthumstheorie die Kirchhöfe als Zubehörungen der Kirche behandelt, ist hier ein besonderes Eingehen auf dieselbe nicht nöthig. Ist diese Theorie bezüglich der Kirchen unrichtig, so ist ihre Unhaltbarkeit auch betreffs der *res accessoriae* erwiesen. Es mufs aber nochmals darauf aufmerksam gemacht werden, dafs nur der der Kirche an- oder umliegende Friedhof als Pertinenz *(dépendance)* der Kirche in Betracht kommen kann.

Kritik hat unseren vollsten Beifall. — Am 4. Februar 1862 hatte die Aachener Regierung sich damit begnügt, die in jenem Urtheil ausgesprochene Ansicht des Obertribunals den Bürgermeistern zur einfachen Kenntnifsnahme mitzutheilen. Ihr Vorgehen in der erwähnten Sache unterschied sich aber von der Haltung der Kölner Regierung in nichts.

[1] Der art. 37 N. 4 des Fabrikdecrets erklärt es demgemäfs für eine Pflicht des Fabrikraths, *„de veiller à l'entretien des cimetières"*, worunter insbesondere die *„réparations et reconstructions"* verstanden werden.

Die Hauptstütze der Gemeindeeigenthumstheorie ist das „*Décret impérial sur les sépultures*“ v. 12. Juni 1804 *(23 prairial an XII)*,[1] insbesondere der art. 9:

„*A partir de cette époque, les terrains servant maintenant de „cimetières pourront être affermés par les communes auxquelles „ils appartiennent.*“ [2]

Dieser Artikel will zunächst, was auch bereits Hirschel[3] betonte, ja selbst Emmerling[4] anerkannte, nach seinem Wortlaut kein neues Rechtsverhältnifs schaffen, sondern er setzt nur ein bestehendes voraus (*appartiennent,* nicht *appartiendront*).[5] Des Weiteren aber folgert Emmerling aus dieser Stelle, „dafs der Gesetzgeber das „Verhältnifs, dafs den Gemeinden solche Kirchhöfe zugehörten, als „das gewöhnliche angesehen, und dafs also auch aus jenen Worten „eine Rechts-Vermuthung für das Eigenthum der Gemeinden „bis zum Beweise des Gegentheils mit guten Gründen abzuleiten „sei.“ So heifst es auch schon in einer Denkschrift des französischen Ministers des Innern an den Minister der Justiz: „*Les ci-*

---

[1] Das erklärt ausdrücklich der Verfasser des Aufsatzes: „Ueber das Eigenthum an den Kirchhöfen des linken Rheinufers,“ im Archiv für Civil- u. Criminalrecht der preufsischen Rheinprovinz, Bd. 53 N. F. 2. Abth. B. S. 1 ff. Das hier aufgestellte Beweisthema lautet, dafs in den linksrheinischen Theilen der Rheinprovinz das Eigenthum an den Kirchhöfen lediglich den Civilgemeinden zustehe und insbesondere Kirchengemeinden Eigenthumsträger von Kirchhöfen nicht sein könnten. Hiergegen ist der Aufsatz von Bauerband gerichtet: „Können nach französischem Recht resp. nach der im linksrheinischen Theile der Preufs. Rheinprovinz bestehenden Gesetzgebung nur die Civilgemeinden Eigenthümer von Kirchhöfen sein?“ Archiv f. kath. K. R., Bd. 16 S. 447 ff.

[2] Diesem Artikel schenkt merkwürdiger Weise Bauerband in dem sub N. 1 citirten Aufsatz keine Beachtung. Seine Ergebnisse bezüglich der im J. 1804 bereits vorhandenen Kirchhöfe sind daher nur halb, die Unterscheidung selbst dagegen zwischen den vor und nach 1804 angelegten Kirchhöfen hat er, wenn auch erst am Ende (455 f.), gemacht. Vergl. auch dessen Gutachten im Archiv 9, S. 285 ff.

[3] Das Eigenthum an den kath. Kirchen, 135.

[4] Sammlung 1859, S. 110.

[5] So spricht ja auch der art. 16 von den „*lieux de sépulture, soit qu'ils appartiennent aux communes, soit qu'ils appartiennent aux particuliers.*“ Die längere Ausführung Gräffs (Das Eigenthum an den Kirchhöfen, 47—50) über den Unterschied einer Dispositiv- und einer Enuntiativbestimmung war überflüssig.

„metières sont donc toujours présumés appartenir aux com-„munes sauf la preuve contraire.“[1]

Dem Gedanken einer Vermuthung[2] stimmt auch Hirschel principiell zu, er will sie aber nicht ohne weiteres für die Civilgemeinden gelten lassen, weil er es verneint, „dafs *commune* einzig und ausschliefslich die bürgerliche und keine andere Gemeinde bezeichnen könne.“[3]

Der rheinische Appellhof dagegen hat sich dahin ausgesprochen, „dafs diese Worte blofs den Fall unterstellen, wo die Kirchhöfe „sich wirklich im Eigenthum der Gemeinden befinden, und den „Gemeinden dadurch keineswegs ein ihnen bis dahin nicht zu-„stehendes Eigenthum übertragen werden soll.“[4]

Zur Erklärung des streitigen Artikels ist daran zu erinnern, dafs es sich hier nur um die Kirchhöfe handelt, welche, innerhalb des Berings von Wohnungen gelegen, als gesundheitsschädlich erachtet wurden und deshalb aufser Gebrauch gesetzt werden sollten. Die meisten derselben waren nach alter Sitte Vorhöfe der Kirchen und hatten mit denselben praesumtiv denselben Eigenthümer. Es stände hier demnach eine Vermuthung der andern gegenüber. Wenn man aber ferner den in der N. 5 S. 412 mitgetheilten Artikel 16 berücksichtigt, so sieht man, dafs hier *„communes“* nur den Gegensatz zu *„particuliers“* bildet: die Praesumtion, wenn denn eine solche angenommen werden soll, spricht somit nur für das Eigenthum einer unkörperlichen Person, für das Eigenthum einer Gemeinschaft;[5] nur wenn wir *„commune“* in dieser Unbestimmtheit fassen, welche vor Allem sowohl die kirchliche als die politische Gemeinde in sich begreift, bekommt auch der sonst überflüssige Zusatz: *„auxquelles ils appartiennent“* einen vernünftigen

---

[1] *Jurisprudence administrative par Rollin, tom. IV. p. 245.*

[2] Das will vielleicht auch das Urtheil des Trierer Landgerichts v. 8. Novbr. 1854 sagen, wenn es einräumt, dafs der qualif. art. 9 „von der Unterstellung ausgeht, dafs die Kirchhöfe Eigenthum der Civilgemeinden seien.“

[3] a. a. O. S. 135, 137. Auch Bauerband (Archiv, 16, S. 454) läfst es „dahin gestellt bleiben, ob unter den Communen . . . die bürgerlichen, im Gegensatze zu den Pfarrgemeinden zu verstehen seien.“

[4] Urtheil des 1. Senats v. 11. Juli 1853, abgedruckt bei Gräff, das Eigenthum an den Kirchhöfen, 100 f.

[5] Vgl. S. 380.

Sinn. Ob diese Gemeinschaft confessioneller oder bürgerlicher Art sei, sagt der Artikel nicht, was ja auch ganz erklärlich ist, wenn man bedenkt, dafs die Doppel-Rechtsträgerschaft von Kirchen- und Civilgemeinde noch nicht recht zu Bewufstsein gekommen war und mehr gefühlt als begriffen wurde.[1] Die im art. 9 ausgesprochene Ansicht des Gesetzgebers läfst somit wohl erkennen — was übrigens gar nicht erst gesagt zu werden braucht — dafs in der Regel nur unkörperliche Personen die Eigenthümer von Kirchhöfen sind: eine Präsumtion zu Gunsten der Civilgemeinde aber enthält derselbe nicht.

Das Seitenstück zu dem art. 9 ist die Verfügung der königl. preufs. Ministerien der geistl. etc. Angelegenheiten, des Innern und der Polizei vom 28. Januar 1830;[2] was der französische Gesetzgeber noch nicht genau zu benennen vermochte, ist hier bestimmt formulirt: die „*communes*“ des art. 9 sind „Kirchengemeinden“ **und** „Communen“. Mag also immerhin die Präsumtion dafür sprechen, dafs eins von diesen Rechtssubjecten Eigenthümer der Kirchhöfe ist; welches von beiden *in concreto* dieses Recht besitzt, das sagt keine Vermuthung, es sei denn, der Kirchhof bilde eine Pertinenz des Kirchengebäudes.

Wie steht es nun bezüglich der infolge des Begräbnifsdecrets neuangelegten Friedhöfe? Der art. 2 bestimmt, dafs für die

---

[1] Vgl. S. 379 ff., 392 ff.

[2] „Des Königs Majestät haben mittelst Allerhöchster Cabinetsordre vom 8. Januar 1830 zu bestimmen geruht, dafs, um bei der Disposition über die aufser Gebrauch gesetzten öffentlichen Begräbnifsplätze nächst den erforderlichen sanitäts-polizeilichen Rücksichten, auch dem Andenken der Verstorbenen bei der noch lebenden Generation ihrer Angehörigen die gebührende Berücksichtigung zu sichern, den Kirchengemeinden oder Communen die Veräufserung solcher geschlossenen Begräbnifsplätze in der Regel nicht vor Ablauf von vierzig Jahren seit erfolgter Schliefsung gestattet werden soll, dergestalt, dafs für etwa ausnahmsweise frühere Bewilligung, unter besonderen, die vorbemerkte Rücksicht erledigenden Localverhältnissen, die jedesmalige besondere Genehmigung, rücksichtlich der kirchlichen Begräbnifsplätze bei dem Ministerio der geistlichen etc. Angelegenheiten, rücksichtlich der den Communen zugehörigen aber bei den beiden Ministerien der geistl. etc. Angelegenheiten und des Innern und der Polizei einzuholen ist.“ (Amtsblatt der königl. Regierung zu Aachen 1830, S. 87.) Hieraus entlehnt denn auch das Landgericht zu Aachen im Urtheil v. 9. Mai 1866 (mitgetheilt im Archiv für kath. K. R. 17, S. 374 — 382) ein Hauptargument gegen die Communaltheorie.

„villes ou bourgs“, deren Friedhof sich innerhalb der Stadt befinde, neue Begräbnifsplätze aufserhalb derselben angelegt werden sollten, und die Verpflichtung, *„d'abandonner les cimetières actuels et de s'en procurer de nouveaux hors de l'enceinte de leurs habitations“* wird den *„communes“* aufgeladen. (art. 7.)

Die Pflicht, den alten sanitätswidrigen Kirchhof aufzugeben und einen neuen zu beschaffen, richtet sich also an dieselbe unkörperliche Person; und so können Civil- wie Kirchengemeinden das nöthige Terrain gewinnen, als Kirchhof einrichten und Eigenthümer desselben werden.[1] Die Verwaltungspraxis hat aber ohne des causalen Zusammenhangs zwischen dem *„abandonner“* und dem *„s'en procurer“* zu gedenken, zum Theil in Unkenntnifs der Rechtslage, zum Theil in dem richtigen Glauben, dafs nach heutiger Culturforderung im letzten Grunde die Civilgemeinde zur Einrichtung eines Begräbnifsplatzes verpflichtet sei, die Beschaffungs p f l i c h t, wo sie überhaupt praktisch geworden ist,[2] immer nur der politischen Gemeinde gegenüber ausgesprochen, und so dem art. 7 unangefochten eine Auslegung gegeben, wonach die Civilgemeinde als präsumtiver Eigenthümer der neuangelegten Begräbnifsstätten erscheint.[3] An den längst perfecten Eigenthumsverhältnissen der älteren Zeit wurde damit natürlicher Weise nichts geändert, und bezüglich der

---

[1] Zu diesem Resultat müssen wir übrigens auch kommen, wenn wir das *„commune“* des art. 7 im ausschliefslichen Sinn von C i v i l g e m e i n d e deuten. Bereits Bauerband betont in dem oben citirten Aufsatz: „auch kann aus der etwa gesetzlich begründeten Verpflichtung der Civilgemeinde, erforderlichenfalls einen neuen Begräbnifsplatz auf ihre Kosten zu beschaffen, offenbar nicht zugleich das Recht der Civilgemeinde, die Herstellung eines solchen mit Ausschlufs jedes Andern zu bewirken, gefolgert werden.“ (Archiv Bd. 16, S. 449 f.) Dem fügt die Redaction in Anm. 1 hinzu, dafs sonst ja auch dem „Staat das Recht zur Anlegung von Militär- und Anstaltskirchhöfen bestritten werden“ müfste. Vgl. auch das Bauerband'sche Rechtsgutachten im Archiv 9, S. 285 ff. Anderer Ansicht ein Circular v. J. 1859 bei Dursy, I. 371.

[2] Bauerband (Archiv 16, S. 455): „Bekanntlich ist indefs das Prairial-Decret, so viel insbesondere die dadurch anbefohlene Verlegung der Begräbnifsplätze betrifft, weder in der preufsischen Rheinprovinz noch in Frankreich überall zur wirklichen Ausführung gebracht worden.“

[3] Dazu gab schon die Declaration v. 10. März 1776, art. 8, Veranlassung: *„Permettons aux villes et communautés qui seront tenus de porter ailleurs leurs cimetières ...“* (Hermens, II. 278 N. 1).

neuen gilt nur der selbstverständliche Satz, dafs der Beschaffer auch Eigenthümer bleibt: denn für die Eigenthumsträgerschaft ist es ganz gleichgiltig, ob eine Landparzelle zum Kirchhof eingerichtet ist oder der Fruchtziehung dient.[1] Der Eigenthümer der ersteren ist auch derjenige des letzteren. Ist dies die Civilgemeinde, so kann die Kirchengemeinde resp. die Kirchenfabrik einen Eigenthumsanspruch nur auf eine unzweideutige, durch die Civilgemeinde bewirkte Eigenthumsübertragung gründen, von welcher die blofse Gebrauchseinweisung durchaus verschieden ist. Auf letzteres ist um so mehr aufmerksam zu machen, als die französische Gesetzgebung die confessionellen Kirchhöfe begünstigt,[2] und weil infolgedessen sehr oft durch die Civilgemeinde eine Gebrauchsüberlassung an die Religionsgemeinde erfolgt ist. Eigenthumsauflassungen aber darf man hier wohl zu den Seltenheiten zählen.

Ein besonderes Eingehen ist noch erforderlich bezüglich des art. 49 der Verwaltungsordnung für das Grofsherzogthum Berg vom 13. Octbr. 1807:

„Die Kirchhöfe sind ein Eigenthum der Gemeinde und der Auf-„sicht der Municipalpolizei unterworfen, den Gemeinden liegt es ob, „die Plätze zu den Kirchhöfen zu erwerben und für deren Einfas-„sung zu sorgen.“[3]

---

[1] Demgemäfs bestimmt auch der art. 14 des Begräbnifsdecrets: „*Toute personne pourra être enterrée sur sa propriété, pourvu que la dite propriété soit hors et à la distance prescrite de l'enceinte des villes et bourgs.*“ Vgl. auch art. 16: „*Les lieux de sépulture, soit qu'ils appartiennent aux communes, soit qu'ils appartiennent aux particuliers.*“ Die im Archiv f. kath. K. R. Bd. 16 S. 450 angeregte Streitfrage über die gesetzliche Möglichkeit von „Privat-Friedhöfen“, die sich im gemeinschaftlichen Eigenthum von mehreren befinden, wird wohl nach Lage der Gesetzgebung im bejahenden Sinne zu beantworten sein, wenn dem ein Circular v. 1864 bei Dursy I. 371 auch widerspricht.

[2] art. 15 des Begräbnifsdecrets: „*Dans les communes où l'on professe plusieurs cultes, chaque culte doit avoir un lieu d'inhumation particulier, et dans les cas où il n'y aurait qu'un seul cimetière, on le partagera par des murs, haies ou fossés, en autant de parties qu'il y a de cultes différens, avec une entrée particulière pour chacune, et en proportionnant cet espace au nombre d'habitans de chaque culte.*“

[3] Hierauf beruft sich unter Andern auch der Verfasser des Aufsatzes „Ueber das Eigenthum an den Kirchhöfen des linken Rheinufers,“ er hätte sich aber schon aus einem Urtheil des Rheinischen Appell.-Ger.-Hofes v. 29. Novbr.

Die hier getroffene Eigenthumsnormirung ist in ersichtlichem Zusammenhang mit der Beschaffungsfrage getroffen. Die Gemeinden haben den Platz zur Kirchhofsanlage zu erwerben und die Einrichtung zu betreiben: sie sind daher auch Eigenthümer der von ihnen angelegten Begräbnifsplätze. Dies und nichts anderes will der fragliche Artikel besagen.[1] Das würde wohl niemals bezweifelt worden sein, wenn die Eigenthumsbestimmung nicht am Anfang, sondern am Ende des art. 49 stände. In dieser Hinsicht ist aber zu sagen: Bereits durch V. O. v. J. 1784 und 1803 wurde für das Grofsherzogthum Berg die Verlegung der Kirchhöfe aufserhalb der bewohnten Ortschaften verfügt. Die Civilgemeinden legten dieselben an, und deshalb kann die Verwaltungsordnung v. J. 1807 gleich im Anfang des art. 49 mit Rücksicht auf die früher erfolgte communale Beschaffung — aber auch nur insoweit — ein communales Eigenthum aussprechen; auf die alten Kirchhöfe findet die Eigenthumsbestimmung des art. 49 keine Anwendung.

Gegen diejenigen aber, welche sich mehr ans Wort anklammern und die angeführte Eigenthumsbestimmung auf die

---

1837 (Rhein. Archiv, Bd. 26, 1, S. 121 ff.; auch abgedruckt im Archiv f. kath. K. R., Bd. 17, S. 96 f.) Belehrung holen können.

[1] So meint auch der rheinische Appellationsgerichtshof im Urtheil vom 29. Novbr. 1837 (Rhein. Archiv 26, S. 121—126; Archiv f. K. R. 17, S. 96 ff.): „Dafs diese gesetzliche Verfügung anscheinlich auf der Unterstellung beruht, dafs die früheren Verordnungen, die Verlegung der Kirchhöfe betreffend, überall oder gröfstentheils im Herzogthum Berg zur Ausführung gekommen seien." So auch de Syo u. A. Dem scheint freilich der art. 8 der grofsh. bergischen Ministerialverordnung v. 30. Aug. 1809 zu widersprechen: „Sobald die neuen Kirchhöfe eingerichtet sind, darf auf den alten Niemand mehr begraben werden. Diese müssen dann fünf Jahre lang unberührt liegen bleiben; nach Abflufs dieser Frist können sie zum Vortheil der Gemeinden verpachtet, zu Märkten und andern öffentlichen Plätzen eingerichtet oder sonst benutzt werden." Es hat aber die Ueberlegung ihre Berechtigung: sollen die Gemeinden neue Kirchhöfe beschaffen, so gebührt ihnen nach den Grundsätzen der Billigkeit auch der Erlös aus den alten. So stellt ein Circular vom November 1853 (Dursy I 304) den Grundsatz auf: „Der Erlös aus dem bei einem Umbau sich ergebenden Abbruchmaterial gehört in der Regel der Anstalt, welche die Kosten des Baues bestreitet." Der Wendung „zum Vortheil der Gemeinden" hat das oben citirte Appellationsgerichtsurtheil bei der Interpretation des art. 8 merkwürdiger Weise keine Beachtung geschenkt.

alten wie auf die neuen Kirchhöfe Anwendung finden lassen, welche nicht von der Civilgemeinde angelegt wurden, ist Folgendes zu erinnern:

Die Eigenthumsfestsetzung der Verwaltungsordnung wäre entweder declarativ oder constitutiv zu verstehen. Als erstere ist sie nur insofern von Bedeutung, als sie wirklich materielle Wahrheit enthält. Als Constitutivact mufs sie aber die Enteignungsabsicht klar erkennen lassen. Beide Erfordernisse fehlen. Sie wäre daher, ganz wie wir es für die Kircheneigenthumsnormirung des preufs. A. L. R. erkannt haben, nichts weiter als eine juristische Vermuthung. Aber selbst diese bestände bei denjenigen Kirchhöfen nicht, welche als Pertinenz der Kirchen in Betracht kommen, wie eine solche auch im Jülich-Berg'schen Edict v. 10. September 1711 anerkannt worden ist.

Schlufs.

Die Devolutionsfrage.

I. Die bisherigen Versuche.

§ 100.

Die Stellung der Gesammtkirchentheorie.

Zum Schlufs haben wir uns mit einer Frage zu beschäftigen, die, wenn auch für die Lösung der Kircheneigenthumsfrage ungeeignet, wegen ihrer eminent praktischen Wichtigkeit die Eigenthumstheorien nicht selten wesentlich beeinflufst hat: wir meinen die Devolutionsfrage, oder die Frage nach dem Heimfallsrecht des Vermögens *(droit d'épave)* im Falle der Auflösung einer kirchlichen Corporation oder Stiftung.

Sämmtliche Rechte geben dem Staat das Eigenthum an den herrenlosen Sachen und nehmen dies insbesondere auch bezüglich des Vermögens der aufgelösten »juristischen Personen« an. [1] Jolly [2] sieht es irriger Weise sogar als Essentiale der »juristischen Personen« an, dafs ihr Vermögen nach der Auflösung *bonum vacans* werde, und weil dies bei den Actiengesellschaften nicht der Fall ist, leugnet er ihren Persönlichkeitscharakter. Das Kirchengut schien

[1] Vgl. beispielsweise das Sächs. B. G. B. § 57: „Hört eine juristische Person, ohne dafs über das Vermögen derselben verfügt worden, auf, so fällt dieses, soweit es nicht zur Deckung der Schulden erforderlich ist, dem Staate zu.“ Vgl. auch Roth-Meibom, Kurhess. Privatr. 217, 304. Kierulff, Civilr. I. 143. Puchta, Vorles. II. 412, Rechtslexicon III. 73 f. Pfeiffer, jur. Personen, § 39 (S. 151). Seuffert, Pand. I. § 53. Sintenis, I. § 15 N. 31.

[2] Zeitschr. für deutsches Recht, XI. S. 321.

deshalb auf schwache Füſse gestellt zu sein, und die verschiedenen Eigenthumstheoretiker beeilten sich, die Richtigkeit und Bedeutsamkeit ihrer Constructionen an dem Schutze zu prüfen, den dieselben in Hinsicht der Devolution dem Kirchenvermögen gewährten. So mischte sich die Interessen- mit der Rechtsfrage, und die Heimfallsfrage bekam eine Bedeutung, die ein näheres Eingehen zur Pflicht macht.

Hier stehen sich nur die Gesammtkirchen- und die Specialisirungs- (Instituten- und Kirchengemeinde-)theorie gegenüber, und da begreift man beim ersten Blick, daſs sich das kirchliche Interesse der ersteren zuwendet. Hübler spricht den Gesammtkirchentheoretikern nur zu sehr aus der Seele, wenn er sagt: „Die Güter-„sonderung ist im hohen Grad gefahrvoll. Jeder Wechsel eines „Instituts stellt sein Vermögen als ein *bonum vacans* dem Heim-„fallsrecht des Staates zur Disposition. Mit der Rechtsindividuali-„sirung der kirchlichen Anstalten schwebt also die Säcularisation „wie ein Damoklesschwert über dem Kirchengut.“ [1] Maas giebt dieser Befürchtung auch einen ganz offenen Ausdruck: „Würde „das Eigenthum den einzelnen kirchlichen Instituten zustehen, d. h. „würden sie einen selbständigen Zweck haben, so würde dieser „und damit das Eigenthum mit deren Erlöschen als *bonum vacans* „an den Staat fallen.“ [2] Die lehnrechtliche Construction dieses Autors verspricht allerdings bessern Schutz, denn „beim Erlöschen fällt das volle Eigenthum dem Lehensherrn zu.“ [3] Ueber den Schutz, welchen sich die Divinaltheoretiker, insbesondere Seitz und Uhrig, in dieser Richtung versprechen, ist B. I. S. 293 f. das Nöthige gesagt worden.

Diesen Ansichten scheint sich zwar Braun nicht anzuschlieſsen, denn er meint von der Institutentheorie: „Es wird nicht gewagt „sein zu behaupten, daſs diese Auffassung nur die einzig mögliche „ist, da sie ihre objective Rechtfertigung in sich trägt, indem der „den einzelnen Instituten als Rechtssubjecten zugetheilte Rahmen „gerade das festeste Bollwerk ist, mit welchem sie das Recht so-

---

[1] S. 122. Vgl. auch Jacobson-Mejer in Herzogs Realencyclop. VII. 744.

[2] Archiv IV. 701. Vgl. auch Vering in den Heidelb. Jahrb. 1860, S. 904.

[3] Archiv IV. 703.

„wohl gegen äufsere Angriffe schützt, als auch gleichsam gegen sich „selbst errichtet hat.“[1]

Auch Lehmkuhl rühmt den Vorzug der von ihm vertretenen Institutentheorie mit folgenden Worten: „Wäre wirklich alles „Kirchenvermögen nur eine selbständige Masse, von der Gesammt„kirche als einzigem Rechtssubjecte getragen, dann könnte die „Gesammtkirche in der That rechtlich haftbar sein für das etwaige „Deficit, welches bei den Einzelinstituten zu Tage träte.“[2]

Es unterliegt aber keinem Zweifel, dafs bei der Gesammtkirchentheorie Devolutionsschwierigkeiten nicht entstehen, denn hier sind die Voraussetzungen des Heimfalls nie gegeben, dieser also unmöglich. Sternberg sagt ganz richtig: „Die Aufhebung einer kirchlichen Anstalt ändert nichts an dem der allgemeinen Kirche erworbenen Eigenthumsrechte an deren Vermögen.“[3] Die Gesammtkirche bleibt Eigenthümer, mag man nun für dieselbe mit Walter[4] ein *dominium in solidum* annehmen, oder bezüglich der Universalkirche und ihrer Institute mit Maas,[5] Mooren[6] und Andr. Müller[7] zwischen *dominium directum* und *utile* oder mit Anderen[8] zwischen dem *dominium universale sive eminens* und *particulare* unterscheiden. Es entstehen auch keine Schwierigkeiten, wenn mit Majer[9] für das Institut selbst ein *dominium precarium (revocabile)*, oder mit Sternberg[10] die Stellung eines *peculium profecticium* in Anspruch

---

[1] S. 34. So auch Grimm im Commissionsbericht der 2. bad. Kammer zum Stiftungsgesetzentwurf, S. 25.

[2] Stimmen aus Maria Laach, IX. 64.

[3] Versuch einer jur. Theorie vom Eigenthum der römisch-kath. Kirche, S. 15, § 20. Vgl. auch Mooren, Ueber Eigenthum an Kirchhöfen, 30 und den Vortrag des badischen Oberstiftungsraths über den Gesetzentwurf, die Rechtsverhältnisse und Verwaltung der Stiftungen betr., 66.

[4] Lehrb. des K. R., 11. Aufl., S. 446. Vgl. auch Pachmann, Lehrb. des K. R., III. 8.

[5] Archiv, IV. 697 ff., 591 ff., 653 ff., 701 ff.

[6] Ueber Eigenthum der Kirchhöfe, 28.

[7] Lexicon des K. R., 2. Aufl., III. 446; statt *dominium directum* gebraucht er nur den Ausdruck: „*dom. plenum*“.

[8] Vgl. darüber Phillips, Lehrb. 691.

[9] Ueber das Eigenthum an den geistl. Gütern, 1786, S. 58 ff.

[10] Versuch einer jur. Theorie vom Eigenthum der röm.-kath. Kirche, S. 17.

genommen wird. Dasselbe ist zu sagen, wenn Evelt[1] und Vering[2] die Institute nur als *stationes fisci* begreifen oder unter dem auch von Longard[3] und Pruner[4] gebilligten Gesichtspunkt des *fideicommissum* betrachten, von Phillips'[5] unpräcisirbarem Theorem eines gleichgiltig wie immer getheilten Eigenthums gar nicht zu reden.

Was hilft aber der Schutz, den sich der Wunsch zwar ersehnt, der aber in Wirklichkeit nicht besteht! Wir haben es hier nachgewiesener Mafsen mit spielenden und irrigen Analogien, oder was noch bedenklicher ist, mit falschen, von der Privatrechtswissenschaft längst verurtheilten Constructionen zu thun, bei welchen zudem den historischen Thatsachen geradezu Gewalt angethan wird.

§ 101.

Die Argumentation der Specialisirungstheorie.

Auch die Anhänger der Specialisirungstheorie vertreten vorherrschend eine dem kirchlichen Eigenthumsbestand günstige Ansicht. Allerdings zeigen sich hier grofse Schwierigkeiten und Abweichungen.

Am nächsten der eben entwickelten Auffassung steht die Würzburger katholische Wochenschrift v. Jahr 1856 (VII) S. 152, welche, wie später Prestinari, dessen Auffassung S. 262 ff. skizzirt ist, die Theorie von dem *subjectum immediatum proprietatis* (Institut) und dem *subjectum remotum proprietatis* (Gesammtkirche) aufstellte, und nur dadurch, dafs sie „mit einer charakteristischen Zaghaftigkeit“ den Ausdruck »Eigenthum« für die Gesammtkirche umging, den Fangarmen der Gesammteigenthumstheorie entschlüpfte:

„Geht ein kirchliches Institut unter, so geht dessen Vermögen „auf die Diöcese über und von dieser auf die Gesammtkirche, die „nicht sowohl analog dem Fiscus im Staatsleben succedirt, als viel„mehr wegen des Verhältnisses des Theils zum Ganzen schon in „ihr und mit ihr den Besitz hat.“

---

[1] S. 103 f. — [2] K. R., 2. Aufl., 766.

[3] Die Saecularisation des Kirchenguts in Teutschland, 1856, S. 33.

[4] Lehre vom Recht und der Gerechtigkeit, I. 210.

[5] Lehrb., 691.

Diejenigen jedoch, welche voll und ganz auf dem Specialisirungsstandpunkt stehen, müssen die Frage auf ein kirchliches Successionsrecht zuspitzen, denn die Herrmann'sche Annahme eines allgemeinen „Bandes dieser Stiftungen zu den Kirchen"[1] führt uns keinen Schritt in der Erkenntnifs weiter. Und so statuiren schon die Legisten Odofredus,[2] Jacobus Buttrigarius,[3] Albericus de Rosciate[4] und Andere[5] analog dem Heimfallsrecht des Staates gegenüber den weltlichen Gütern ein solches des Papstes bezüglich des Kirchenvermögens, dem dann, wie wir früher zeigten,[6] im Falle einer Neubegründung die neuerstandene Person *„iuris artificio"* succedirt. Die Vermittlung, welche hier der Papst übernimmt, wiesen, wie wir sahen,[7] Moyses und Bartolus dem Sitz der erloschenen unkörperlichen Person zu: *„iura non pereunt, imo ipsa „dicuntur retineri per illum locum, a quo denominabatur universitas . . . „illa bona pertinebunt ad illud collegium, quod superior instaurabit „loco illius."*

Innocenz denkt sich nach dem Aussterben eines kirchlichen *capitulum* die *„possessio et proprietates . . . penes Christum qui vivit in aeternum vel penes universalem vel singularem ecclesiam quae nunquam moritur nec unquam est nulla."*[8]

Die mittelalterlichen Canonisten operirten vorzugsweise mit familienrechtlichen Analogien und gründeten ein Successionsrecht anderer kirchlichen Privatrechtsträger auf eine Verwandtschaftsfiction.[9]

Eine besondere Ausprägung hat die Successionsfrage durch Schulte erfahren: „Sein (d. h. des Instituts) Vermögen steht ihm „nur zu, weil es ein kirchliches ist, mithin auch nur, so lange es

---

[1] Commissionsbericht der badischen 1. Kammer zum Stiftungsgesetzentwurf v. J. 1869, S. 430. Nach den Frankfurter „Grundzügen" (Münch, 359) sind die Stiftungen verbunden durch den „Grundsatz des brüderlichen Verbands".

[2] Lect. ad l. 7 § 2 D. 3, 4.

[3] Lect. ad l. 7 D. cit.

[4] Comment. ad l. 7 D. cit.

[5] Vgl. Gierke, III. 412.

[6] B. I 95¹. — [7] S. 122 (II).

[8] ad c. 4 X. 2, 12, nr. 4. Ferner Gl. z. c. 22 in VI⁰. 1, 6 v. *„collegiatas"*. Bartolus, l. 7 § 2 D. 3, 4, nr. 4; l. 1 § 22 D. 41, 2, nr. 4.

[9] Vgl. Gierke, III. 301.

„dies ist, hört es auf, so bleibt, wie der generelle Zweck bleibt, „den das individuelle Institut verfolgte, auch seine generelle Bestim- „mung, den Kirchenzwecken zu dienen.“ [1] Der Schulte'sche »Zweck« wurde das populäre Alexanderschwert, mit welchem man den Knoten der verworrenen Devolutionsfrage zerhieb. Während Braun sich ganz der Schulte'schen Ausführung anschlofs, [2] hat Brinz in Anlehnung an das römische Convertirungssystem, einer Convertirung des kirchlichen Zweckes das Wort gesprochen: „dafs die „Convertirung sich über die weltlichen Gemeinwesen hinaus auf „kirchliche erstrecke, ist ein Anhalt bereits in l. 9 C. pagan. I, 11 „geboten. Als eine Handlung der Kirche heifst Convertirung *in-* „*novatio.*“ [3] Dieser Ansicht steht Keller [4] am nächsten, welcher sich nur dadurch von Brinz unterscheidet, dafs er die Convertirung auf Zwecke derselben Gattung beschränkt. Poschinger ist jedoch der Ansicht, „dafs die bisherigen Versuche, ein Eigenthum der ein- „zelnen Kirchen mit einer Ausschliefsung des Fiscus auf das Vermögen „der aufgehobenen kirchlichen Institute zu verbinden, nicht ganz „befriedigend genannt zu werden vermögen,“ [5] und er meint: „das „bewegende Element, welches den Uebergang des Vermögens der „einzelnen Kirche an die bischöfliche, das der letztern an die

---

[1] Lehrb. des K. R., 2. Aufl., 1868, S. 496, 432. System. II., S. 491. Vgl. auch dessen Jur. Persönlichkeit, 41, 43. So plaidirt schon Modestinus Pistoris (16. Jahrh.) *Consilia I. cons.* 36, q. 4. für die Rechtsständigkeit einer letztwilligen Verfügung, in welcher eine noch vor dem Tode des Testators aufgelöste kirchliche *universitas* bedacht wurde, mit der Motivirung, derselbe habe mehr auf den Zweck als auf das bedachte Subject gesehen, das Geld sei daher „in andere Wege zu Gedechtnifs des Testators anzulegen.“ Vgl. auch Gierke, III. 801 u. 805 f.

[2] S. 42 ff. Ferner die Denkschrift des Erzb. Capitels-Vicariats von Freiburg, den (bad.) Gesetzentwurf über die Rechtsverhältnisse und die Verwaltung der Stiftungen betr., 1869, S. 26, und Rofshirt im Minderheitsgutachten, 14. Richter-Dove (7. Aufl., 1088) steht der Schulte'schen Auffassung ebenfalls sehr nahe: „so liegt auch in dem örtlichen Kirchengute nicht nur seine unmittelbare locale, sondern auch bereits die allgemeine Bestimmung, zum Aufbau der Kirche verwendet zu werden.“ Doch entwindet er sich den Fangarmen der Zwecktheorie, 1099 f., Anm. 14, mit der Schlufserklärung: „Der Zweck allein gestattet keine Schlufsfolgerung auf das Eigenthum.“

[3] Pand., 1145. Vgl. auch die Auffassung des Modestinus Pistoris, oben N. 1.

[4] Pand., S. 174. — [5] S. 247.

„römische vermittelt, ist nicht das Verhältnifs des Theils zum „Ganzen, auch nicht der Zweck allein, liegt überhaupt nicht im „Eigenthum, wohl aber, um es kurz zu sagen, in der *lex fundationis.*“ [1] Wie aber, wenn der Stifter keine diesbezüglichen Anordnungen getroffen hat? Darauf bedeuten uns v. Poschinger und Böhlau, dann müsse man sie hinein interpretiren. „In einer kirch- „lichen Stiftung liegt allemal die Erhaltung des Stiftungsvermögens „für kirchliche Zwecke als Absicht erkennbar ausgesprochen. So „lange die Grundlagen der bestehenden Kirchenverfassung nicht „völlig umgestofsen werden, wird die öffentliche Gewalt für Aus- „führung dieses Stifterwillens in jedem einzelnen Falle . . gewifs zu „sorgen haben.“ [2]

Hammerstein sodann will, wie auch Lehmkuhl und alle diejenigen, welche die kirchlichen Vermögensfragen nicht vom Civil-, sondern vom Kirchenrecht ressortiren lassen, der kirchlichen Jurisdiction das Recht gewahrt wissen, über die Güterverwendung eingegangener Institute zu bestimmen: „Gesetzt, die fraglichen Güter „würden herrenlos . . . so fallen dieselben doch unter die Verfügung „derjenigen öffentlichen Gewalt, unter deren Jurisdiction sie stehen. „Diese Gewalt aber ist kraft der Real-Immunität die Kirche, nicht „der Staat. Also ist es Sache der Kirche, nicht des Staates, über „das fernere Schicksal dieser Güter zu verfügen.“ [3] Was also sonst auf einen kirchlichen Privatrechtstitel gegründet wird, erscheint hier als Ausflufs des kirchlichen Hoheitsrechts.

§ 102.

Kritik dieser Argumentationen.

Die Besitz- und Verhältnifsconstruction der Würzburger katholischen Wochenschrift ist falsch. Wenn wir recht sehen, so ist hier

[1] S. 249. Pfeiffer, jur. Personen, § 48 und Brinz, Pand., 1140: „Wie das Testament . . . . der gesetzlichen Erbfolge, ... so derogirt jene Privatbeliebung dem Anrechte des Fiscus.“

[2] Mecklenb. Landr., III. 71[1] und Poschinger 249.

[3] Hammerstein, Kirche und Staat, 174 und Lehmkuhl, Stimmen aus Maria Laach, VIII. 528, IX. 65.

gesagt: Die Gesammtkirche hat als umfassendes Ganze während des Eigenthumsbestandes ihrer Theilwesenheiten an deren Gütern schon Besitz, welcher mit Wegfall jenes Eigenthums selbst Eigenthum wird. Darauf ist zu sagen: Das kirchliche Besitz- und Eigenthumsrecht liegt in der Hand desselben Berechtigten, nämlich des Instituts. Daran ändern auch nichts die Verfassungsurkunden, welche der „Kirche den Besitz ihrer Stiftungen" u. s. w. garantiren; denn hier wird der kirchliche Eigenthumsbestand einfach bestätigt, ohne dafs die Trägerschaftsfrage berührt werden will. Ferner wäre nachzuweisen, auf welchen Rechtstitel sich auf einmal der Besitz ins Eigenthum verwandelt. Es liegt aber auch die Annahme nahe, dafs die Wochenschrift Besitz und Eigenthum identificirt und ein gleichzeitiges Eigenthum der Gesammtkirche und der Institute annimmt; in diesem Falle könnte sie allerdings nicht sagen, dafs das Vermögen (Eigenthum) der letzteren auf die Diöcese und Gesammtkirche erst übergehe; im Uebrigen wurde die Doppeleigenthumstheorie, denn als solche wird man sie ihrer vorsichtigen Fassung ungeachtet mit Poschinger [1] doch wohl ansehen dürfen, — bereits oben zurückgewiesen.

Auch die Successionstheorien sind falsch. Vor Allem kennt das Civilrecht, welches hier allein in Betracht kommt, kein päpstliches Devolutionsrecht; auch für die Verwandtschaftsfictionen fehlt jede positive Grundlage: das Civilrecht schliefst unkörperliche Personen von der Verwandtschaftslehre aus und läfst Erbrechte nur durch den Tod einer körperlichen Person begründet werden. [2]

Die Schulte'sche Zweckbegründung mufs ebenfalls zurückgewiesen werden. [3] Dieser liegt die oben [4] als irrig erwiesene Auffassung zu Grunde, dafs der Zweck Eigenthumsträger sei, und wir kommen entweder zum coincidirenden Eigenthum oder zur An-

---

[1] S. 294, N. 2.

[2] v. Savigny (System, II. 299) meint, die juristischen Personen würden nicht beerbt, „weil sie nicht sterben". Wir glauben aber den Grund darin finden zu sollen, dafs sie keine Verwandten haben; infolgedessen greift kein Erb-, sondern ein Heimfallsrecht Platz.

[3] Vgl. auch Hübler, 122 ff. Grimm, Commissionsbericht, 60.

[4] B. I. 58 ff., 61 ff.

nahme, daſs nach dem Aussterben eines eigenthumstragenden Instituts der Zweck wenigstens subsidiär so lange die Trägerschaft übernimmt, bis ein kirchliches Rechtssubject wieder gefunden ist. Von einer derartigen Vermittlung und Zwecksuccession kennt das Civilrecht aber nichts, wie es andererseits nicht einzusehen ist. warum man den Zweck, wenn er denn einmal zur Rechtsträgerschaft geeignet sein soll, nicht gleich von vornherein mit dieser Function betraut sein läſst. Sollte dem Zweck aber eine solche Zwischenträgerschaft nicht zugemuthet werden und Schulte sonst nichts als die Conservirung für kirchliche Zwecke fordern, so ist eben die Trägerschaftsfrage umgangen, und wir haben im Effect die Brinz'sche Zwecktheorie mit ihren subjectlosen Rechten. Das ist denn offenbar auch der Grund, weshalb Schulte bei Brinz alsbald im Princip Zustimmung fand. Was nun des Besondern die Zweckbegründung in dem Brinz'schen Convertirungssystem anlangt, so muſs ein kirchliches Innovationsrecht sicherlich anerkannt werden.[1] Aber eine *Innovatio,* die sich übrigens auf die Beneficien beschränkt, setzt den rechtlichen Bestand eines Instituts ja gerade voraus, hier aber handelt es sich um diejenigen Fälle, wo ein Institut überhaupt nicht mehr besteht, sei es, daſs es ohne Zuthun der Kirchengewalt eingegangen ist, oder daſs es durch jene aufgelöst wurde, ohne daſs jedoch dieselbe über das Vermögen verfügt hat

---

[1] Grimm sagt zwar mit Berufung auf Hübler, 120 ff. (Commissionsbericht, 26): „Die Gesammtkirche kann wohl ein einzelnes Kircheninstitut nach den Bestimmungen des canonischen Rechts aufheben und dadurch den Zweck, zu welchem das Vermögen dient, unmöglich machen, sie kann aber nicht alsdann das betreffende Vermögen sich incorporiren, dasselbe wird vielmehr alsdann *bonum vacans.*" Dies ist irrig. Das hier in Frage kommende publicistische Recht der Kirchengewalt äuſsert sich in den Unionen *(uniones per aequalitatem, per confusionem, per subjectionem)*, Incorporationen, Sectionen oder Divisionen und Suppressionen, und es ist unter den Canonisten keine Streitfrage, daſs diese Veränderungen nicht bloſs das Amt, sondern auch das Vermögen erfassen, giebt es doch Innovationen, welche bloſs die vermögensrechtliche Seite angehen: Dismembrationen und Deminutionen. Die Kirchengewalt kann somit beispielsweise mit der von ihr vorgenommenen Division eines Beneficiums gleichzeitig über das Schicksal des Vermögens desselben verfügen, vorausgesetzt, daſs sich diese vermögensrechtliche Anordnung in der oben bezeichneten Richtung hält.

oder verfügen konnte. Auch die Poschinger'sche „*lex fundationis*“ bietet nur geringen Trost: denn die Hauptschwierigkeit liegt ja gerade dann vor, wenn die Stiftungsurkunde für den Fall der Stiftungsaufhebung keine Bestimmungen über das Vermögen getroffen hat, davon ganz zu schweigen, dafs hier die Corporationen unberücksichtigt gelassen sind. Und wenn Poschinger wie auch Böhlau in erster Linie dadurch Abhilfe schaffen wollen, dafs sie aus jeder Stiftungsurkunde den Willen des Stifters herausinterpretiren, das Stiftungsvermögen „für kirchliche Zwecke“ erhalten zu sehen, so gehen sie offenbar zu weit. Warum mufs denn beim Stifter gerade der allgemeine Gedanke, kirchliche Zwecke zu fördern, und kann nicht etwa ein ganz bestimmter und ausschliefslicher Specialzweck bestimmend gewesen sein! Nehmen wir einen drastischen Fall: Ein für die Bestrebungen des modernen Thierschutzvereins begeisterter Mensch will — dieser Gedanke hat ja schon concrete Gestaltung gewonnen — eine Stiftung zur Verpflegung kranker Thiere machen und glaubt diesen Zweck am besten erreichen zu können, wenn er diese Stiftung als kirchliche errichtet und insbesondere die Kirche, welche in jedem Thier ein Geschöpf Gottes erblickt und die Fürsorge für dieselben am tiefsten fundamentirt, mit der Verwaltung betraut. Aehnliche Ueberlegungen können auch zur Gründung kirchlicher Hospitäler und anderer Wohlthätigkeitsanstalten, vielleicht sogar mit Rücksicht auf einen bestimmten Ort, führen. Wie kann man hier nun sagen, der Stifter habe in erster Linie kirchliche Zwecke fördern wollen und die Bezeichnung eines Specialzwecks sei gewissermafsen Nebensache gewesen. v. Poschinger [1] meint, wo der Schenker wolle, „dafs ein „gespendetes Gut nicht ein für allemal kirchlichen Zwecken dienen „solle, sondern einzig und allein für denjenigen, der zuerst ins „Auge gefafst wurde,“ habe er dies besonders auszudrücken; wir sind umgekehrt der Ansicht, dafs es besonders vermerkt sein müsse, wenn das Gut nebst dem besonderen Zweck, dem es gewidmet wird, auch noch einem allgemeineren dienen soll. Der Poschinger'sche Standpunkt hat nur eine relative Berechtigung für die Zeit vor der Specialisation des Kirchengutes, heute ist er antiquirt.

[1] S. 250.

Die Hammerstein'sche Auffassung sodann, wonach allerdings keine privatrechtliche Erbfolge stattfinden soll, dagegen der Kirchengewalt eine hoheitliche Verfügungsgewalt eingeräumt wird, kann nicht einmal durch die allgemeine Ueberlegung gestützt werden, dafs der Kirche die Disposition über die Kirchengüter gebühre. Denn geht ein kirchliches Institut ein, so wird das Vermögen nicht mehr von einem Subject besessen, und ist deshalb herrenlos, es wird ferner nicht mehr von einem kirchlichen Träger besessen, und ist deshalb auch kein Kirchengut mehr. Das von Hammerstein befürwortete kirchliche Hoheitsrecht wäre somit in Wahrheit ein Eigenthumsrecht. Selbst die Säcularisationsverbote der Kirche, welchen v. Poschinger in diesem Zusammenhang eine Bedeutung beimifst, ändern an der Sache nichts; nicht als ob wir sie überhaupt für belanglos hielten, sondern deshalb, weil sie nur zum Schutz des Kirchengutes gegeben sind, ein Kirchengut aber unter obigen Verhältnissen nicht mehr vorhanden ist.

Der Rechtsträger einer kirchlichen Stiftung und Corporation ist allerdings ein kirchlicher. Aber dieser, seinem Ursprung nach von gesammtkirchlicher Art, hat in seiner Abzweigung den Theilcharakter und in seiner Sonderstellung ein selbständiges Dasein bekommen: mit dieser Form steht und fällt er. Diese selbständige Existenzform hat zur Folge, dafs nach Aufhören derselben das Vermögen *bonum vacans* wird, wie es ja auch bei weltlichen Stiftungen der Fall ist, nach deren Aufhebung ein Rechtsanspruch des noch lebenden Stifters im Allgemeinen nicht zu begründen ist.

Wenn wir so aber auch sämmtliche Versuche, das Vermögen erloschener Stiftungen und ausgestorbener oder aufgelöster Corporationen des Kirchenrechts wiederum einem kirchlichen Rechtsträger zuzuspielen, für verfehlt halten, so kommen wir doch zu einem für die Kirche günstigen Resultate. Die Auffassung derjenigen, welche das Vermögen von eingegangenen kirchlichen Rechtsträgern als freies Gut dem Fiscus zuweisen, ist nach unserer heutigen Rechtslage verfehlt.

II. Lösung der Devolutionsfrage.

§ 103.

1. Das staatliche Heimfallsrecht.

Der Anfang der Verwirrung liegt in der Werthschätzung des staatlichen Heimfallsrechts. Schon Marezoll,[1] Mühlenbruch,[2] Göschen,[3] Reyscher[4] Keller,[5] Renaud[6] u. Andere haben darauf hingewiesen, dafs der Satz: das Vermögen einer aufgelösten »juristischen Person« fällt als *bonum vacans* an den Staat — keineswegs eine allgemeine Bedeutung habe. Dafs die sogenannten *res nullius* nicht schlechthin dem Staat zu Eigen gehören, zeigt schon die römische Occupationslehre, insbesondere die Bestimmungen über Jagd, Fischfang und Schatzhebung. Und wenn ferner der römische Staat selbst das Vermögen der aufgelösten *Collegia illicita,* welche allerdings keine Personen waren, unter die Mitglieder vertheilen läfst, warum sollte da unter gewissen Verhältnissen die Gesetzgebung den früheren Corporationsmitgliedern nicht einen Rechtsanspruch auf die Güter der aufgelösten Körperschaft gewähren?

Wenn man die Aussprüche der Devolutionsschriftsteller mustert, drängt sich unwillkürlich die Frage auf: ist denn das staatliche Heimfallsrecht, wie es dort scheinen mag, eine Art naturrechtlicher Nothwendigkeit, oder beruht es auf mehr äufserlichen Erwägungen? Welches ist der Rechtsgrund des staatlichen Heimfallsrechts? Klüber[7] begründet es territorialistisch, Mejer[8] dagegen hält es mit Puchta[9] für die „Einzelanwendung eines im Allgemeinen unbezweifelten Hoheitsrechtes.“ Wir finden den Rechtsgrund des staatlichen Devolutionsrechts in dem Mangel eines anderweitigen Anspruchsrechts, woraus sich für den Staat als den mächtigsten Bewerber von selbst die Nutzanwendung von dem „jeder ist sich

[1] Löhrs Magazin f. Rechtswissensch., IV. 207.

[2] Pand., § 197. — [3] Vorlesungen, 65.

[4] Zünfte und freie Genossenschaften, 5.

[5] Pand., § 39.

[6] Das Recht der Actiengesellschaften, 1. u. 2. Aufl., 180.

[7] Staatsrecht, § 453. — [8] Lehrb. des K. R., 438.

[9] Pand., § 564.

selbst der nächste" ergiebt. Recht ist eine Macht, in welcher ich durch andere nicht beschränkt werden darf. Der diesbezügliche kategorische Imperativ bekommt erst durch den Staat als obersten Schutz- und Zwangsherrn seinen Nachdruck und seine eigentliche Verwirklichung, und es ist daher nur zu menschlich, dafs ihn jener hier, wo ein anderes Recht nicht begründet ist, zu seinen eigenen Gunsten erhebt und so seine gesetzgeberische Gewalt in den Dienst seiner eigenen Interessen stellt. Schliefslich steht er ja auch durch den Schutz, welchen er den früheren Eigenthümern gewährte, mit jenen in der engsten Beziehung, so dafs seiner Succession noch die meiste innere Berechtigung innewohnt, abgesehen davon, dafs für die Rechtssicherheit am besten gesorgt ist, wenn die Jagd der Einzelnen auf *bona vacantia* unstatthaft ist. Immerhin aber giebt nicht diese Art einer Denkbarkeitserwägung und Praeventiveinrichtung, sondern die einfache Ueberlegung, dafs er durch die selbsteigene Beanspruchung der *bona vacantia* Andere nicht verletzt, dem Staat die genügende Rechtfertigung für seine Eigenthumsergreifung. Bis auf Augustus galt der Grundsatz, dafs die *bona vacantia* als *res nullius* von Jedem occupirt werden konnten. Das heutige Devolutionsrecht des Staates beruht auf keiner edleren und festeren Basis als das Recht des früheren *primus occupans.*[1] Der Staat darf sich nicht in Widerspruch mit sich selbst setzen, er mufs sich vor Allem vor jedem Eigenthumsfrevel hüten, man darf aber keine besondere Tugend von ihm verlangen:[2] wenn der Mächtigste nur insoweit für seine eigenen Interessen thätig ist, als er nicht verletzt, so ist er vorwurfsfrei und gerecht. Die zureichende, aber auch einzige und nothwendige Voraussetzung des staatlichen Occupationsrechts ist also der Mangel einer entgegenstehenden Anspruchsbefugnifs eines Zweiten. Ist aber auf dessen Seite ein solcher natürlicher Anspruch begründet, so ist es die unabweisbare Pflicht einer der Rechtsidee entsprechenden Gesetzgebung, diesen natürlichen

---

[1] *Cicero de leg., II. 19.*

[2] Es ist eine Singularität, wenn Esmarch (das im Herzogth. Schleswig geltende bürgerliche Recht, 1854, S. 253) erwähnt, dafs „in einigen Städten, als in Schleswig, Flensburg, Eckernförde, Apenrade und Hadersleben, nur die eine Hälfte des erblosen Vermögens an die Staatskasse, die andere Hälfte aber an die Stadt" falle.

Anspruch durch ihre Anerkennung zum Recht zu erheben und demselben ihren Schutz zu gewähren.[1] Wenn wir das Eigenthum auf seinen naturalen Kern hin prüfen, so hat die Arbeit die meiste natürliche Berechtigung, als Eigenthumstitel angesehen zu werden. Dies geschah im römischen Recht bezüglich des Fischens und Jagens u. s. w.; dieselbe Ueberlegung führte auch dazu, bei den Actiengesellschaften und Erwerbsgenossenschaften eine Auftheilung der rückgelassenen Güter zu gestatten.

Wieder in anderen Fällen waren freundschaftliche und dienstliche Beziehungen gewisser Personenklassen zu dem früheren Eigenthümer der *bona vacantia* für den Gesetzgeber genügende Veranlassung, ein staatliches Heimfallsrecht zu verneinen. So fielen nach einer Constitution Hadrians die *bona vacantia* eines Soldaten der Legion zu, Constantius wies die *bona vacantia* eines *navigularius* dem

[1] Das will Walter offenbar mit den Worten sagen, die Devolutionsregelung sei „eine Frage der öffentlichen Moral" (Lehrb., 13. Aufl., 552). Mohl (Württembergisches Staatsr., I. Aufl., II. § 193), Pfeiffer (jur. Personen, 151) und Richter-Dove (7. Aufl., 1100) halten in diesem Sinn die gesetzliche Lösung der Devolutionsfrage zu kirchlichen Gunsten für eine „sittliche Pflicht", — vgl. auch Hübler, 133; Grimm Commissionsbericht, 60, — Hammerstein übereinstimmend mit diesen für die „einfachste Rechtschaffenheit" (Kirche und Staat, 175), Bluhme für eine Forderung der „Billigkeit" (System des K. R., 187). Letzterer fügt hinzu: „Es darf der Staat sich auch auf dem Standpunkte des strengen Rechts nicht derjenigen Rücksicht verschliefsen, die er dem kirchlichen Bewufstsein seiner Angehörigen schuldet: denn das religiöse Gefühl ist nicht leicht an die engeren Auffassungen privatrechtlicher Gesichtspunkte zu bannen" (189). Bauerband (*Responsum, 46)* hält es sodann für eine „Anforderung der Gerechtigkeit, dafs das vacant gewordene Stiftungsvermögen nicht confiscirt, sondern nach Unterschied des Stiftungszweckes zu anderweitigen kirchlichen, communal- oder allgemeinen wohlthätigen Zwecken verwendet werde." Brinz geht sogar noch weiter: „Unseres Erachtens läfst sich diese Verpflichtung aber weithin als eine rechtliche bezeichnen, nicht nur in Anbetracht der Stiftungen, sondern auch des anderen Zweckvermögens" (Pand., II. 1141). Wenn Brinz mit dieser Rechtspflicht nur eine Pflicht bezeichnen will, welche der Rechtsidee entspricht, so haben wir gegen diese Bezeichnung nichts einzuwenden, dann erscheint aber seine Polemik gegen die Annahme einer blofs sittlichen Pflicht als eine terminologische Spielerei. Wollte er aber sagen, der Staat werde durch das positive Recht zur gesetzlichen Regelung im kirchenfreundlichen Sinne verpflichtet, so dürfte das Unrichtige einer solchen Auffassung doch ohne Weiteres klar sein. Wo kommt denn dieses positive Recht zur Erscheinung?

collegium derselben zu, wie auch das *collegium fabricensium* die erblosen Güter eines Genossen erhielt; durch Theodosius II. und Valentinian III. bekamen Kirchen und Klöster die *bona vacantia* ihrer Geistlichen und Mönche.[1] Das preufsische A. L. R. II. 6 § 194 berechtigt sodann den „Stifter, oder dessen Erben, die Stiftungsgüter oder Kapitalien zurückzunehmen," was auch für Frankreich durch Gesetz vom 24. Mai 1825 art. 7[2] eingeführt wurde.

§ 104.

2. Das kirchliche Heimfallsrecht.

Wie steht es zunächst mit dem natürlichen Anspruch der Kirche auf die durch Heimgang ihres kirchlichen Rechtsträgers herrenlos gewordenen Güter? Hier müssen wir nun den im vorigen Paragraphen bekämpften Erwägungen volle Gerechtigkeit widerfahren lassen: dieselben sind die wirksamsten Motive zur Anerkennung eines kirchlichen Heimfallsrechtes durch das Gesetz.

Es ist zunächst kein vernünftiger Grund einzusehen, weshalb durch die Rechtsordnung das ausgedehnte kirchenhoheitliche Befugnifsrecht, das in dem Innovationsrecht einen so prägnanten Ausdruck findet und das doch nicht mit Hinsicht auf den Rechtsträger, sondern mit Rücksicht auf dessen Güter gewollt ist, mit dem Wegfall des ersteren, einer juristischen Formel zu Liebe, auf einmal negirt werden sollte. Auch die Zweckerwägung entspringt nur der vernünftigsten Reflexion. Die ausgleichende Gerechtigkeit verlangt, dafs, wenn ein Zweck an diesem Orte nicht mehr erfüllt werden kann, die demselben gewidmeten Güter zur Realisirung desselben an einem andern Orte oder für einen andern kirchlichen Zweck benutzt werden. Denn es darf nicht vergessen werden: die kirchlichen Stiftungen wollen wenigstens in der Regel dadurch, dafs sie bestimmten Zwecken dienen, nur den allgemeinen Zwecken der Kirche dienstbar sein. Auch die Zweckconvertirung ist nur eine Forderung der Billigkeit. Durch ein wie richtiges Gefühl hierin

[1] Vgl. Vering, Geschichte und Pandekten des röm. und gemeinen Privatrechts, 4. Aufl., 736.

[2] Dursy, I. 333.

schon die Römer geleitet wurden, zeigt vor Allem l. 9 C. 1, 11, wo es bezüglich der *„ad sustentandam paganorum impietatem“* gemachten testamentarischen und sonstigen Zuwendungen heifst: *„addicuntur ea civitatibus, in quibus eiusmodi personae habitant, vel etiam sub quibus eiusmodi loca sita sunt, sita ut ad instar reddituum civitatis erogentur.“* Auch die Verwandtschaftsanalogie ist bei den kirchlichen Instituten nicht ganz von der Hand zu weisen.[1] Ein Beneficium z. B. steht zur örtlichen Kirchenfabrik zweifellos in einer näheren Beziehung, als zum staatlichen Fiscus. Und wenn der Staat den Willen des *ab intestato* Verstorbenen gesetzgeberisch dahin interpretirt, dafs sein Vermögen den nächsten Verwandten zufalle, so liegt es nahe, eine derartige gesetzgeberische Thätigkeit auch bezüglich der unter sich verwandten kirchlichen unkörperlichen Rechtsträger vorzunehmen.

So hat denn auch Luther in seiner „Schrift-Ordnung eines gemeinen Kastens, Rathschlag, wie die geistlichen Güter zu behandeln sind“ (1523) den Staat aufgefordert, dafür zu sorgen, dafs das Vermögen eingegangener kirchlicher Stiftungen und Corporationen wieder zu kirchlichen Zwecken verwendet werde. Auch in den »Emser Punktationen«[2] bildet die Vollmacht zur Stiftungsconversion eine Forderung der Bischöfe, und es ist ein ehrendes Zeugnifs, welches sich insbesondere die alten Juristen ausgestellt haben, dafs sie mit so grofsem Eifer für den Ausschlufs der Kirchengüter vom staatlichen Heimfallsrecht eingetreten sind.

Immerhin aber ist auseinanderzuhalten: der natürliche, der Rechtsidee entsprechende Anspruch und das staatlich anerkannte Recht; die sittliche Verpflichtung des Staates, einen solchen Anspruch als Recht anzuerkennen, und die wirkliche Anerkennung; die Motive, welche den Staat zur gesetzlichen Anerkennung bestimmen, und das Gesetz. Der einzige Fehler der im § 101 besprochenen Devolutionstheoretiker war die Verwechslung dieser Factoren: will man ein kirchliches Heimfallsrecht begründen, so

---

[1] Bluhme (System des K. R., 189) fordert ebenfalls den Ausschlufs des Heimfalls zu Gunsten solcher Innungen oder Institute, unter denen wegen unverkennbarer verwandtschaftlicher Beziehungen auch eine gegenseitige gesetzliche Erbfolge wünschenswerth erscheint.“

[2] Münch, S. 409.

mufs man nicht nachweisen, dafs dieses der Rechtsidee entspricht, sondern dafs ein dieser Rechtsidee entsprechendes Gesetz oder Gewohnheitsrecht besteht, nicht dafs eine derartige Regelung sittliche Pflicht des Staates ist, sondern dafs diese Pflicht in Wirklichkeit staatlicherseits acceptirt wird. Das ist so selbstverständlich, dafs man schliefslich denken mufs, die Beweisverschiebung habe darin ihren Grund, dafs eben ein solches Gesetz noch nicht bestehe. Das ist jedoch ein grofser Irrthum, und es mufs rühmend hervorgehoben werden, dafs alle deutschen Staaten der oben bezeichneten sittlichen Anforderung vollständig gerecht geworden sind.[1] Ausnahmslos haben sie durch Specialgesetze sowie in Verfassungsurkunden die feierliche Erklärung abgegeben, dafs die für kirchliche Zwecke bestimmten Güter niemals einem andern als kirchlichen Zweck dienen sollten. Schon das J. P. O. V § 7 und weiterhin der R. D. H. S. v. 1803 § 63 bestimmte:

„Jeder Religion soll der Besitz und Genufs ihres eigenthüm-„lichen Kirchenguts nach der Vorschrift des Westfälischen Friedens „verbleiben."

In der am 23. März 1819 überreichten Declaration der verbündeten Regierungen an den heiligen Stuhl[2] heifst es:

„Bona ecclesiastica omnia beneficiorum quorumcunque omnium item „et seminariorum fabricarum fundorum ecclesiasticorum generalium par-„ticularium et localium tam ea quae exstant quam quae acquirentur „in posterum et semper integre conservabuntur nec ad alios fines „salvis tamen canonum praescriptis impendi aut immutari „poterunt."

Die einschlägigen Bestimmungen einiger V.-Urkunden sodann sind bereits S. 95 f. mitgetheilt; sie finden sich aber in allen V.-Urkunden und dabei nicht selten in der verschärften Form, dafs das kirchlichen Zwecken dienende Vermögen „nie",[3] „unter keinem Vorwand"[4] oder

---

[1] Ueber einige landesherrliche Zusagen in dieser Richtung aus dem 16. Jahrh. vergl. Gierke, III. 805, N. 162.

[2] Abgedruckt bei Brück, Die oberrheinische Kirchenprovinz, Anhang S. 522.

[3] G. G. v. Sachsen-Altenburg, v. 29. April 1831 § 155, Braunschweigische N. L. O. v. 12. October 1832 § 217, das erste badische Constitutionsedict § 9.

[4] Kurhess. V. U. § 106; Bayr. V. U., IV. § 10 und dazu Beilage II. § 46 f.; Sächs. V. U. § 60.

„unter keiner Voraussetzung“ [1] seiner Bestimmung entfremdet und zum Staatsvermögen geschlagen werden dürfe. Und um nur jeglichen Zweifel darüber zu beseitigen, dafs auch das Vermögen eingegangener Stiftungen darunter zu verstehen ist, ordnen beispielsweise die Sachsen-Altenburgischen Gr. G. § 155 an: „Das Stiftungs-„vermögen (die Dotation) der Kirchen und Schulen kann, so lange „sie bestehen, im Werthe und Ertrage nie willkürlich gemindert „oder eingezogen werden ... Das Vermögen eingegangener Kirchen und „Schulen darf nur wieder zu gleichen Zwecken verwendet werden.“

Ebenso bestimmt die Sächsische V. U. § 60, nachdem sie den kirchlichen Eigenthumsbestand im Allgemeinen garantirt hat: „Nur in dem Falle, wo der stiftungsmäfsige Zweck nicht mehr zu „erreichen steht, darf eine Verwendung zu andern ähnlichen „Zwecken mit Zustimmung der Betheiligten . . . erfolgen.“ Desgleichen legt das Mandat v. 19. Febr. 1827, § 22, „dem katholisch-geistlichen Consistorio“ auch das „Recht“ bei, „*bona vacantia* einzuziehen.“ [2]

Das Hannover'sche L. V. G. hatte hier die Bestimmung (§ 75 Abs. 5): „Indefs mufs das Vermögen unter thunlichster Berück-„sichtigung der Wünsche der zur Verwaltung und Aufsicht etwa „Berechtigten, zu gleichen oder möglichst ähnlichen und der „muthmafslichen Absicht des Stifters am meisten ent-„sprechenden Zwecken wieder verwandt werden.“

Das Meiningen'sche Gr. G. bestimmt in dieser Hinsicht bezüglich der „Dotationen der Armen- und Krankenhäuser, Spitäler und anderer Stiftungen, deren Zweck entweder ganz hinwegfällt

---

[1] Hess. V. U. § 43; Sächs. V. U. § 60.

[2] Codex, II. 283. Man vergleiche ferner das staatlicherseits genehmigte „Statut der deutschkatholischen Kirchengesellschaft in Sachsen“ (Codex, II 685 f.): „Im Falle der Auflösung einer Kirchengemeinde geht das Vermögen derselben auf diejenigen deutschkatholischen Kirchengemeinden in Sachsen antheilig über, denen die Mitglieder der aufgelösten Kirchengemeinde zugewiesen werden.“ Dann heifst es weiter: Lösen sich sämmtliche Kirchengemeinden auf, so wird das Vermögen 25 Jahre lang verwaltet, dann bleibt es immer noch näher bestimmten Personen überlassen, „das vorhandene Vermögen nebst Inventarienbestand mit der nach § 60 erforderlichen Genehmigung der Staatsbehörde zu einer inländischen Stiftung, deren Bestimmungen dem Geiste des Deutschkatholicismus entsprechen, zu verwenden.“

oder übermäfsig versorgt ist," (!) dafs sie „zu einem allgemeinen Kirchen- und Schulfonds gezogen werden" (§ 33).

Auch die deutsche Verwaltungspraxis hat sich auf diesen Standpunkt gestellt, selbstverständlich müssen wir hierbei von den Säcularisationen, welche sich von vornherein nicht als Rechtsverwirklichungen, sondern als Gewaltacte darstellen, absehen. Das preufsische Klostergesetz v. 31. Mai 1875 bestimmt im § 4:

„Das Vermögen der aufgelösten Niederlassungen der Orden „und ordensähnlichen Congregationen unterliegt nicht der Ein„ziehung durch den Staat . . . Aus dem Vermögen werden die „Mitglieder der aufgelösten Niederlassungen unterhalten. Die weitere „Verwendung bleibt gesetzlicher Bestimmung vorbehalten." [1]

Im Hinblick auf den letzten Satz wollen wir nur noch die berechtigte Erwartung aussprechen, dafs der preufsische Gesetzgeber getreu dem im § 15 der V. U., dem A. L. R. II. 6, § 74 u. 93 u. II. 19, § 41, sowie im § 3 des Gesetzes v. 13. Mai 1833 gegebenen Versprechen und in Uebereinstimmung mit den übrigen deutschen Gesetzgebungen das frühere Klostervermögen wirklich auch ausschliefslich kirchlichen Zwecken bestimmen wird. [2] Für das französische Recht ist dies zugesichert durch das Gesetz v. 24. Mai 1825, art. 7 Abs. 2. [3]

---

[1] Vgl. hierzu die Motive S. 11, sowie die Circularverfügung der Minister des Innern und der geistl. Angelegenheiten zur Ausführung des Gesetzes vom 31. Mai 1875 (vom 26. Juni 1875). Durch die Auflösung wurde das bisherige Rechtssubject zerstört. Als neues Rechtssubject succedirt kraft Gesetzes die Stiftung, deren Zweck theilweise durch das Gesetz selbst bestimmt ist und durch das in Aussicht genommene Gesetz erweitert werden soll. Obertrib.-Erk. vom 29. Juni 1877, Entsch. 80, 238 und Hinschius in Kochs Comment. 6. Ausg., IV. 530. Die bei Hartmann, Zeitschr. 4. S. 70, Anm. 1, versuchte Construction dieser Stiftung nach Art der *hereditas iacens* ist mit Recht von Hinschius (a. a. O.) zurückgewiesen.

[2] So erklärte auch das Gutachten des kaiserlichen Reichshofraths vom 16. November 1773 über das Jesuitenvermögen, dafs, „da durch die päpstliche Bulle (vom 21. Juli 1773) nicht die Fundationes, sondern nur der Orden, welcher die Verwaltung darüber geführt, aufgehoben worden, die Güter zu ihrem gestifteten Ziel und End sowie zuvor als auch dermalen und beständig verwendet werden und bleiben müssen."

[3] Dursy, I. 333: „Das nicht zurückfallende oder mittelst lästigen Titels erworbene Vermögen ist zu einer Hälfte den kirchlichen Anstalten, zur andern

Die obige Darstellung hat gezeigt, dafs die deutsche Gesetzgebung ganz entschieden auf dem Standpunkt des kirchlichen Heimfallsrechtes steht, und es kann hier unerörtert bleiben, inwieweit nach den einzelnen Rechten die *bona vacantia* der Kirche direct anfallen, also ein Heimfallsrecht im streng juristischen Sinn vorliegt, oder inwieweit der Staat nur zur Herausgabe der ihm selbst zugefallenen Güter verpflichtet ist, oder inwieweit er selbst die specielle kirchliche Verwendung bestimmen darf. Praktische Schwierigkeiten werden hier wohl nicht entstehen. Worauf wir mehr Gewicht legen, ist das, dafs man die kirchlichen Ansprüche nicht auf mehr oder minder einseitige rechtsphilosophische Ueberlegungen zu gründen braucht, sondern hierfür einen ganz bestimmten gesetzlichen Titel hat. Von dieser Grundlage hat denn der Staat nicht blofs die sittliche, sondern auch die rechtliche Pflicht, die für kirchliche Zwecke gewidmeten Güter vor der Verweltlichung zu schützen: er ist heute gebunden durch seine eigenen Gesetze.

Fast möchte es aber scheinen, als ob das gar Manchen nicht genügt. Wer würde jedoch z. B. alles Ernstes ein Intestaterbrecht eher durch eine philosophische Ueberlegung als durch die klare Bestimmung des Gesetzgebers gesichert halten? Und der Gesetzgeber, welcher die Erbansprüche der Verwandten sanctionirt, wird und mufs auch die Devolutionsansprüche der Kirche auf das Vermögen ihrer erloschenen Institute anerkennen. Sage man nicht: wir sind dann der Willkür des Staates überliefert. Aengstliche Gemüther müfsten sonst auch befürchten, dafs der Staat ihre Erbrechte einmal streicht. Nur das positive Recht giebt Schutz hier wie dort. Denn, wie ein Recht durch Dereliction ein *bonum vacans* wird, so müfste dasselbe Recht auch durch die „grofse Dereliction alles Irdischen, durch den Tod,“ [1] untergehen, wenn hier keine besonderen rechtlichen Anordnungen getroffen wären. Wenn übrigens, worauf Hammerstein exemplificirt, [2] unsere Frage auf dem Wege der Gewalt gelöst werden sollte, dann hilft weder der klare Rechts-

---

Hälfte den Spitälern der Departemente zuzuwenden, in deren Sprengel die ehemaligen Anstalten gelegen sind.“

[1] Zitelman, Jur. Personen, 38.

[2] Kirche und Staat, 174.

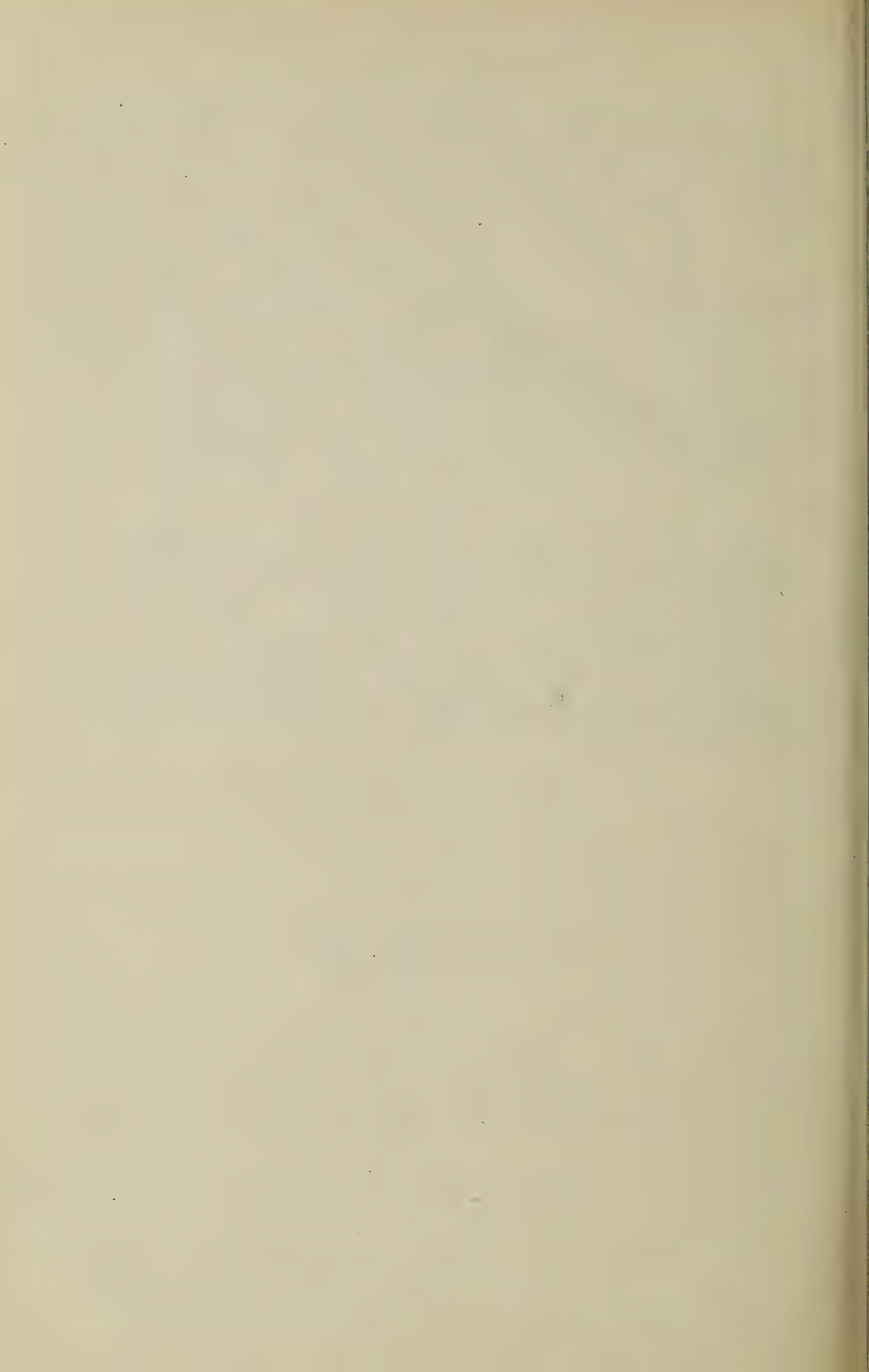
titel noch die tiefste philosophische Fundamentirung etwas. Die Vermögenseinziehung wird hier nicht Folge, sondern Grund der Vernichtung sein; und Maas sagt, um wiederum auf den Ausgangspunkt unserer Untersuchung zurückzukommen, in dieser Hinsicht ganz richtig: „Wenn endlich das Recht der Kirche und ihr Eigen„thum überhaupt nicht mehr geachtet wird, so kommt es gewifs „nicht darauf an, ob die Doctrin — die Kirche oder deren Institute „als Eigenthümer erklärt.“ [1] Bestimme man also die Richtigkeit oder den Werth einer Eigenthumstheorie nie nach dem durch sie in Aussicht gestellten Devolutionsschutz; möge die kirchliche Eigenthumsfrage vielmehr immer bleiben, was sie in Wahrheit ist, keine Interessen- oder Opportunitäts-, [2] sondern eine Rechtsfrage.

---

[1] Archiv, IV. 691. Aehnlich Schulte, System, 477; Brinz ferner sagt (Pand. 1. Auflage, II. 1148 f.): „Dabei bedarf es kaum der Erwähnung, dafs derlei Aufhebung nicht der Deckmantel für eine blofs auf das Vermögen der Corporation gerichtete Staatsabsicht sein dürfe. Denn ein Recht an das Corporationsvermögen als solches hat der Staat aus keinem Titel.“

[2] Man erinnere sich nur an die S. 330 mitgetheilte Aeufserung des Erzbischofs Affre, blofs die Besorgnifs, die Kirchenfabriken in kostspielige Processe mit den Civilgemeinden zu verwickeln, habe ihn früher der Communaltheorie in die Arme getrieben.





Sachregister.

A.

B.

C.

D.

F.

G.

H.

I. (J.)

K.

L.

M.

N.

O.

Q.

R.

S.

T.

U.

V.

W.

Z.

Berichtigungen.

Bd. I. S. 48 ist Gierke aus Versehen einmal unter den Fictionstheoretikern genannt, deren heftigster Gegner er ist. Gierke zählt zu den hervorragendsten Realitätstheoretikern, und ist als solcher von uns I. 77 gewürdigt worden. Vgl. auch seinen Art. „Corporation“ und „Juristische Person“ in v. Holtzendorffs Rechtslexicon, 3. Aufl. II. 1881 und seine Kritik des Laband'schen Staatsrechts in Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung VII. 29 ff.

Bd. I. S. 62 N. 2 lies Poschinger statt Possinger.

Bd. I. S. 102 lies Wonsheim statt Wormsheim.

Bd. II. S. 432 N. 1 lies Pfeifer statt Pfeiffer.

Gedruckt bei August Bagel in Düsseldorf.

